Korrespektives Testament

und

Erbvertrag.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

eingereicht bei der

Juristen-Fakultät der Universität Erlangen.

Carl Coppel.

1896.

Korrespektives Testament

und

Erbvertrag.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

eingereicht bei der

Juristen-Fakultät der Universität Erlangen.

Carl Coppel.

1896.

Litteratur.

Abicht, Ein Beitrag zur Lehre vom Erbvertrag. Inaugural-Dissertation. Öls 1893.

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich. Wien 1887.

Archiv für bürgerliches Recht, von J. Kohler und V. Ring. Band 6. Berlin 1892.

— — praktische Rechtswissenschaft. Band 10. Darmstadt und Leipzig 1874.

Beseler, Die Vergabungen von Todes wegen. Göttingen 1835.

Bluntschli, Deutsches Privatrecht. 3. Auflage. München 1864.

Bolley, Beitrag zur Lehre von den korrespektiven Testamenten der Eheleute. Stuttgart 1846.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Abteilung. Berlin 1860.

Bülow und Hagemann, Praktische Erörterungen aus allen Teilen der Rechtsgelehrsamkeit. Band 4. Hannover 1804.

Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich, nebst Einführungsgesetz vom 18. August 1896. Berlin [Guttentag] 1896.

Cannegießer, Decisiones supremi tribunalis appellationum Hasso-Casselani, Tom. I.

Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis oder: Baierisches Landrecht. München 1821.

Dernburg, Pandekten. Band 1—3. Berlin 1889.

Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht. Göttingen 1845.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. 5. und 6. Buch. Berlin 1895.

Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. Band 4. Berlin 1888.

Formulae Marculfi.

Francke, Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.

Gengler, Lehrbuch des deutschen Privatrechts. 2. Teil. Erlangen 1862.

v. Gerber, System des deutschen Privatrechts. Jena 1886.

v. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, ein Kommentar. Band 35 und 38. Erlangen 1832 und 1835.

Gruchot, Preußisches Erbrecht. Band 2. Berlin 1866.

Harpprecht, Dissertationum academicarum Volumina duo, speziell dissertatio 39, „de testamentis correspectivis". Tübingen 1737.

Hartmann, Die Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten. Braunschweig 1860.

Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts. Band 2. Leipzig 1881.

Hommelii, Caroli Ferdinandi, Rhapsodia. Byruthi 1782.

Kahlert. Die Form der Erbverträge. Darmstadt 1884.

Koch, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Band 2 und 3. Berlin und Leipzig 1886.

Kugelmann, Gemeinrechtliche Begründung des partikulären Erbvertrages. Erlangen 1877.

v. Leyser, Meditationes ad Pandectas. Halae 1772.

Magazin für hannoversches Recht. Band 9. Hannover 1859.

Mittermaier. Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. Regensburg 1847.

Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Band 5. Berlin und Leipzig 1888.

Nerenz, De testamentis correspectivis. Berolini 1861.
Peck, De testamentis conjugum libri quinque. Coloniae Agrippinae 1585.
Pfaff und Hofmann, Exkurse über österreichisches allgemeines bürgerliches Recht. Band 2, Heft 1. Wien 1878.
— Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche. Band 2, Abteilung 1. Wien 1877.
Rheinisches Museum für Jurisprudenz. Jahrgang 2 und 3. Bonn 1828.
Scharnweber, Der letzte Wille und der Erbvertrag. Potsdam 1881.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Neue Folge Band 10.
Schneider, Neue kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft. Band 1. Leipzig 1842.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Band 5. Berlin 1885.
Stryke, Dissertatio de testamentis conjungum reciprocis. Halae 1792.
Unger, Das österreichische Erbrecht. Leipzig 1871.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Band 2. Marburg und Leipzig 1876.
Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages. Band 1. Berlin 1889.
Walter, System des gemeinen deutschen Privatrechts. Bonn 1855.
Weiske, Rechtslexikon. Band 4. Leipzig 1844.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Band 3. Frankfurt a. M. 1887.

Disposition.

Seite:

§ 1. **Einleitung** 1

A. Das korrespektive Testament.

I. Geschichte.

§ 2. 1) Herleitung des korrespektiven Testaments aus dem römischen Recht . . . . . 2.

§ 3. 2) Herleitung des korrespektiven Testaments aus dem alten deutschen Recht . . . . . 4.

§ 4. 3) Entstehung des korrespektiven Testaments aus der Vermischung deutscher und römischer Rechtsanschauungen nach der Rezeption . . . 5.

II. Form.

§ 5. 1) Im allgemeinen . . . . . 7.

§ 6. 2) Im besonderen beim simultanen korrespektiven Testament 7.

§ 7. **III. Inhalt** . . . . . 10.

IV. Widerruf.

1) Bei Lebzeiten beider Kontestatoren.

§ 8. a) In beiderseitiger Übereinstimmung . . . 12.

§ 9. b) Einseitig . . . . . 12.

2) Nach dem Tode eines Kontestators.

a) Bei ausschließlicher Anwendung römischer Rechtsgrundsätze:

§ 10. α) Im allgemeinen . . . . . 15.

§ 11. β) Im besonderen:
Gilt der Überlebende als fideicommissarius? 16.
oder

§ 12. γ) als „quasi ex contractu“ verpflichtet? . 17.
oder

§ 13. δ) als bedingt berufen? . . . . . 18.

§ 14. ε) Die Folgen der Zulassung des Widerrufs nach dem Erbschaftsantritt und Unzulässigkeit der cautio Muciana . . . . . 19.

§ 15. b) Bei Zulassung deutschrechtlicher Grundsätze . . 23.

Seite:

§ 16. 3) Vertraglicher Verzicht auf den Widerruf eines wechselseitigen Testamentes . . . . . 26.

B. Der Erbvertrag.

I. Geschichte.

§ 17. 1) Herleitung des Erbvertrages aus dem römischen Recht 28.
§ 18. 2) „ „ „ „ „ altendeutschen „ 28.
§ 19. 3) „ „ „ „ „ gemeinrechtlichen Gewohnheitsrechte . . . . . 29.

II. Wesen.

§ 20. 1) Die Vertragsnatur im allgemeinen und im besonderen im Gegensatze zu letztwilligen Verfügungen und Schenkungen von Todes wegen . . . . 31.
§ 21. 2) Bedingungen und Motive beim Erbvertrag . . . 33.

III. Gegenstand.

§ 22. 1) Ist Gegenstand des Erbvertrages der Nachlaß? . 35.
§ 23. 2) Ist Gegenstand des Erbvertrags die Beerbung? . 36.
§ 24. 3) Erzeugt der Erbvertrag Singular- oder Universal-Succession? . . . . . 39.
§ 25. 4) Gilt beim Erbvertrage die Regel: „memo pro parte testatus . . . "? . . . . . 39.

IV. Stellung des Erbvertrages in Bezug auf Legate und auf das Noterbenrecht.

§ 26. 1) Vertragserbe und Legatar . . . . . 40.
§ 27. 2) Vertragserbrecht und Noterbrecht . . . . 41.
§ 28. V. Antretung der Erbschaft . . . . 44.
§ 29. VI. Transmission . . . . . 45.
§ 30. VII Accrescenz . . . . . 46.
§ 31. VIII. Form . . . . . 48.
§ 32. IX. Verfügungsbefugnis und Anfechtung von Handlungen des Erblassers . . 50.

X. Arten.

§ 33. 1) Erbeinsetzungsvertrag . . . . . 54.
§ 34. 2) Erbverzicht . . . . . 56.
§ 35. 3) Erbvermächtnisvertrag . . . . . 59.
§ 36. Schluß: Vergleich von korrespektivem Testament und Erbvertrag . . . . . 63.

§ 1.

Einleitung.

Unter korrespektivem Testament versteht man

letztwillige Verfügungen mehrerer Erblasser, welche sich gegenseitig bedenken, und deren Anordnungen sich gegenseitig bedingen. [1])

Erbverträge sind

Verträge, in denen einem der Kontrahenten ein künftiges Erbrecht eingeräumt wird, oder in denen er auf ein ihm zustehendes Erbrecht verzichtet, oder endlich Verträge, die dem einen Kontrahenten einen künftigen Vermächtnisanspruch zusichern.

Es ergiebt sich schon aus der Zusammenstellung der Definitionen beider Institute ihre große Aehnlichkeit. Beide enthalten Verfügungen über den Tod hinaus, beide regeln den Nachlaß einer oder mehrerer Personen, beide setzen ein auf diesen Zweck gerichtetes, wenn auch bei beiden Instituten verschieden geartetes Zusammenwirken mehrerer – mindestens zweier — Personen voraus.

Um beide Institute mit einander vergleichen zu können, wird man sie zunächst in ihrem Wesen und ihren Eigentümlichkeiten feststellen und sie zu diesem Zwecke von ihren Wurzeln bis zu ihrer Entwickelung im heutigen Rechte verfolgen müssen.

---

[1]) Vgl. Dernburg, Pandekten, III § 95.

A.

Das korrespektive Testament.

I. Geschichte.

§ 2.

1) Herleitung des korrespektiven Testaments aus dem römischen Recht.

Die Testamente sind bei uns in Deutschland überhaupt erst mit der Rezeption aus dem römischen Recht übernommen worden.

So schien denn auch die dem korrespektiven Testament eigene Testamentsform zunächst auf den römischen Ursprung der ganzen Institution hinzudeuten, und so ist es auch zu erklären, daß in älterer Zeit fast durchweg sich die Autoren bemühten, das korrespektive Testament in seiner geschichtlichen Entwickelung bis auf die klassisch-römische Zeit zurückzuführen; doch ist dies Bemühen von allen neueren Autoren längst als vergeblich und unhistorisch verworfen.

In den römischen Quellen handeln nur zwei Stellen von einem gemeinschaftlichen Testament. In der Justinianeischen Gesetzessammlung: l. 19 C. de pactis 2. 3. wo von zwei Brüdern gesprochen wird, die sich als Soldaten vor der Schlacht gegenseitig zu Erben ihres ganzen Vermögens einsetzen.

„ut ad eum qui superstes fuerit res eius cui
„casus finem vitae adtulisset pertinerent."

Die Möglichkeit, hieraus für die allgemeine Gültigkeit gegenseitiger Erbeseinsetzungen besonders im Sinne unseres heutigen korrespektiven Testaments Schlüsse zu ziehen, liegt sicher nicht vor, obwohl gerade ältere Autoren sich auf diese Stelle berufen [1]), da ja das Soldatentestament in jeder Hinsicht privilegiert war und überdies ausdrücklich in der zitierten

[1]) Vgl. Cannegießer, Decisiones, XI. III, 30.

Stelle noch gesagt ist, daß unter Privaten einer solchen Abmachung nicht einmal der Wert einer donatio mortis causa gesta beizulegen ist.

Bestrittener ist schon eine Stelle Valentinian's: Nov. Valent. III Tit. 20. 1:

> Zwei Ehegatten hatten sich testamentarisch gegenseitig zu Erben eingesetzt und die diesbezügliche Urkunde dem Kaiser überreicht. Als sie auf ihr Bittgesuch keine Antwort erhielten, erneuerten sie ihr Testament in einer von sieben Zeugen unterschriebenen Urkunde.

Der Kaiser trug keine Bedenken, ein derartiges Testament — sowohl das erste als das zweite — für giltig zu erklären, zumal die beiden Testatoren ja das gleiche in zwei getrennten Urkunden hätten erreichen können und keinerlei Verfügungen, deren Wirkungen über den Erbschaftsantritt des Ueberlebenden hinausreichten, insonderheit keine Substitutionen, darin enthalten waren. Die wechselseitige Erbeseinsetzung an sich stehe aber nicht im Widerspruch mit dem Verbote der sogenannten kaptatorischen Klausel, welche Zuwendungen für nichtig erklärt, die unter der Bedingung erfolgen, daß der Bedachte den Testator ebenfalls bedenke,

> „cum duorum fuerit affectus et simplex religio
> „testamenta condentium cunctisque iam liceat
> „quoquo modo et quibuscunque verbis ultimum
> „dictare iudicium."

Ob diese Begründung eine hinreichende ist, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls scheint der Umstand, daß Justinian diesem Reskript die Aufnahme in den Kodex versagte, dafür zu sprechen, daß der Kaiser keinerlei Möglichkeit sah, dem Institute wechselseitiger Testamente Geltung zu gewähren, ohne sich in innere Widersprüche zu setzen mit den bis dahin anerkannten Grundsätzen der römischen Testamentslehre, der Einseitigkeit und der ständigen Widerruflichkeit.

§ 3.

2) Herleitung des korrespektiven Testaments aus dem alten deutschen Recht.

Auch ein Versuch, das korrespektive Testament allein aus dem älteren deutschen Rechte herzuleiten, ist entschieden von der Hand zu weisen.

Den in ältesten Zeiten geltenden Anschauungen entsprach ja, wie schon Tacitus erzählt [1]), eine testamentarische Erbfolge überhaupt nicht.

Wollte jemand über den Verbleib seiner Vermögensstücke nach seinem Tode Bestimmungen treffen, so mochte er Immobilien schon bei Lebzeiten in gültiger Form, meist durch Auflassung — sogenannte Vergabung von Todes wegen — dem erwählten Erben übereignen und sich dann die Gewere bis zu seinem Tode von dem Beschenkten wieder einräumen lassen; Mobilien aber zu verschenken und sich den Besitz für Lebzeiten vorzubehalten, galt als eine Beeinträchtigung der natürlichen Erben und war ungültig.

> „Der eime sime Frunde wel gebin sin farende
> „gut, der mag ez wol thun met rechte, her
> „sal ez auch uss der hant gebin, wel her veste
> „siczen . . . und sal auch ime den nutz laissen
> „von dem guede . . . unn wie hers ime anders
> „gebet, so ist he betrogen an der gift.“ [2])

Von den bei Mittermaier [3]) angegebenen Urkunden haben schon Hartmann [4]) und Beseler [5]) nachgewiesen, daß sie nicht als korrespektive Testamente, sondern als Vergabungen anzusehen seien.

---

[1]) Tacitus, 20: „heredes successoresque cuique liberi et nullum testamentum.“

[2]) Kl. Kaiserrecht, II, 36. bei Beseler, die Vergabungen von Todes wegen, I S. 153, citiert. Endemann's Ausg. S. 71.

[3]) Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, § 462, Note 2.

[4]) Hartmann, Die Lehre von den Erbverträgen, S. 108.

[5]) Beseler, a. a. O. I S. 182.

Der Sachsenspiegel erwähnt ein korrespektives Testament überhaupt nicht.

Bei den vorerwähnten Bestimmungen blieb es denn auch im wesentlichen in denjenigen Teilen Deutschlands, die sich von dem Einfluß des römischen Rechts fern hielten.

Zwar berufen sich die älteren Germanisten besonders auf die Marculfische Formel 17 und Lex Wisigothorum IV Tit. 2 c. 19, um den altdeutschen Ursprung des korrespektiven Testaments zu beweisen; doch steht es nicht fest, wie weit gerade diese Stellen unter dem Einfluß der oben angeführten Valentinianischen Novelle gestanden haben. Uebrigens fehlt jeglicher Zusammenhang mit der so häufigen späteren Erscheinung, so daß der Versuch, auf Grund dieser Beispiele das korrespektive Testament als von Alters her übernommen darzustellen, unseren Beifall nicht finden kann.

Erst nach der Rezeption finden wir das korrespektive Testament in seinem heutigen Gewande, dafür aber auch gleich fast allgemein, in Geltung.

Wir stehen hier also der merkwürdigen Erscheinung gegenüber, daß durch die Rezeption des römischen Rechtes ein Institut bei uns zur Geltung gelangt ist, dem vom römischen Rechte selbst stets die Geltung versagt worden ist

§ 4.

3) Entstehung des korrespektiven Testaments aus der Vermischung deutscher und römischer Rechtsanschauungen nach der Rezeption.

Eine Erklärung dafür kann man wohl nur darin finden, daß den Deutschen die Einseitigkeit und die jederzeitige freie Widerruflichkeit letztwilliger Verfügungen niemals derart in Fleisch und Blut übergegangen ist, wie dies im römischen Rechte der Fall war. Denn die Vergabungen von Todes wegen haben diese beiden Prinzipien niemals enthalten, das

römische Recht mußte sich aber, wenn es überhaupt in Deutschland Anwendung finden wollte, den deutschen Meinungen und Gewohnheiten, wenigstens soweit möglich, anschließen. Und die Konzession, die das rezipierte römische Recht damit, daß es korrespektive Testamente zuließ, dem deutschen Rechtsbewußtsein machte, war in der That nicht zu groß. Denn wenn auch in Rom selbst korrespektive Testamente nicht gestattet waren, so sind doch, wenigstens in einzelnen Fällen — wie oben erwähnt —, reine reziproke Testamente zugelassen worden. Und der Unterschied zwischen beiden ist, besonders in der Praxis, so überaus erheblich nicht.

Die Konzessionen, die das römische Recht dem deutschen Rechtsbewußtsein bei der Schöpfung der Erbverträge hat machen müssen, waren, wie wir später sehen werden, viel erheblicher.

Korrespektive Testamente und Erbverträge sind ungefähr zu gleicher Zeit in allgemeinere Anwendung gekommen, und es mag wohl sein, daß, wie Stobbe [1]) sagt, häufig in den Absichten der Laienwelt — die einen scharfen Unterschied zwischen Erbvertrag und Testament nicht sah und nur auf das Gemeinsame beider Institute: die darin enthaltene Verfügung auf den Todesfall achtete — mehr ein Erbvertrag lag, daß aber die mit dem römischen Recht vertrauteren Notare und Rechtsgelehrten, denen ein Erbvertrag als eine völlige Abnormität erschien, lieber das römische Testament gebrauchten und dies den Wünschen ihrer Klienten so weit als möglich anzupassen suchten. Hierfür spricht wohl auch die Thatsache, daß eine Aenderung dieser in feierlichen Formen vor fünf beziehentlich sieben Zeugen abgegebenen Testamentserklärung, selbst so lange sie noch gesetzlich zulässig war, kaum vorkam, ja gerade in diesen feierlichen Formen eine Bethätigung der Absicht der Unwiderruflichkeit des einmal gegebenen Wortes gesehen wurde.

---

[1]) Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, § 307.

II. Form.

§ 5.

1) Im allgemeinen.

Was zunächst die Form des korrespektiven Testamentes anbelangt, so ist dieses erklärlicherweise an dieselben Vorschriften gebunden, die überhaupt die Gültigkeit des Testamentes bedingen. Im übrigen aber ist man sich darüber einig, daß — soweit nicht Partikulargesetze anderes bestimmen — keinerlei besondere Bedingungen betreffs Mündlichkeit, Schriftlichkeit oder gerichtlicher Form gestellt sind, sowie vor allem, daß auch die Voraussetzungen der allgemeinen Testierfähigkeit genügen und keine anderen Erfordernisse der Geschäftsfähigkeit verlangt werden.

Es wird also bei dem mündlichen Testamente die Gegenwart von fünf beziehungsweise sieben mündigen, männlichen, einwandsfreien Zeugen erfordert; das schriftliche muß der Testator den Zeugen eigenhändig unterschrieben mit der Erklärung, daß es seinen letzten Willen enthalte, vorlegen; und das gerichtliche Testament bedingt mündliche Erklärung und Aufnahme zu Protokoll oder Deponieren der schriftlichen Urkunde bei Gericht unter persönlicher Uebergabe-Erklärung des Testators.

§ 6.

2) Im besonderen beim simultanen korrespektiven Testament.

Weiterhin ist man heutzutage auch darüber einig, daß, falls das korrespektive Testament zugleich simultan, das heißt uno actu et uno tempore errichtet ist, die einmalige Beobachtung derselben Formen, wie für ein einfaches Testament, genügt, speziell daß, trotzdem ja eigentlich zwei Testamente vorliegen, doch nicht die doppelte Anzahl Zeugen verlangt wird.

Streitig ist aber, was unter den Begriff „unitas actus“ beim simultanen Testamente überhaupt zu verstehen sei. Manche, so Windscheid [1]), halten ein mündliches simultanes Testament überhaupt nicht für möglich, weil eben dabei die unitas actus nicht gewahrt werden könne:

„Wenn mehrere zu gleicher Zeit vor denselben „Zeugen mündlich testieren, so grenzen zwar die „mehreren Testamentsakte zeitlich aneinander, aber „bleiben immerhin doch zeitlich getrennt.“

Dieser Ansicht können wir uns aber nicht anschließen, meinen vielmehr mit Mühlenbruch [2]), daß die unitas actus nur die Einheit des Solennitätsaktes erfordert, denn vom Windscheid'schen Standpunkt aus müßten wir konsequenterweise überhaupt die Möglichkeit eines simultanen, selbst schriftlichen Testamentes leugnen.

Viele, darunter Beseler [3]) und Mühlenbruch [4]), stellen dagegen Simultanität als ein wesentliches Erfordernis des korrespektiven Testamentes hin, indem sie es für unmöglich halten, daß zwei zeitlich und formell getrennte Akte in derartig enge Abhängigkeit gebracht werden können, wie das korrespektive Testament es erfordert. Auch das preußische Allgemeine Landrecht teilt, freilich aus praktischen Rücksichten, diese Anschauung [5]).

Zwar wollen wir gern zugeben, daß diese Ansicht allein den praktischen Bedürfnissen entspricht, auch ein korrespektives Testament, das nicht zugleich simultan ist, selten vorkommen wird; doch glauben wir in Ermangelung jeglicher gemeinrechtlicher positiver Bestimmungen dies theoretisch nicht als

---

[1]) Windscheid, Lehrbuch der Pandekten, § 568 Note 1.
[2]) Mühlenbruch in Glück's Pandekten-Kommentar, Bd. 38 S. 215.
[3]) Beseler a. a. O. II § 147.
[4]) Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38 S. 214.
[5]) A. L. R. II, 1 § 483: „Um Betrug und Ueberlistung zu vermeiden, sollen nur solche Testamente als wechselseitige gelten, welche in Einem Instrumente errichtet worden.“

unbedingtes Erfordernis der Korrespektivität hinstellen zu dürfen. Diese Meinung teilen Hofacker [1]), Cannegießer [2]), Harpprecht [3]) und Glück [4]).

Eine Schwierigkeit in der Behandlung simultaner korrespektiver schriftlicher Testamente scheint uns besonders bei der Publikation sich zu bieten. An sich liegt es doch im Wesen des Testamentes, daß es erst nach, und zwar bald nach dem Tode des Testators eröffnet wird. Wird es aber bereits nach dem Tode des Erstversterbenden eröffnet, so wird des Ueberlebenden „letzter" Wille bereits zu seinen Lebzeiten der Mitwelt kund. Dies widerspricht auch den ausdrücklichen Bestimmungen der lex Cornelia de falis, die die Eröffnung des Testamentes eines noch Lebenden verbot und mit Strafe bedrohte. Andererseits ist es aber auch unthunlich, ja schlechtbin unmöglich, mit der Eröffnung bis zum Versterben des Ueberlebenden zu warten. Doch erscheint uns diese Schwierigkeit überwunden, wenn man mit uns in dem Errichten eines solchen Testamentes implicite den Verzicht des Testators darauf erblickt, daß mit der Eröffnung des gemeinschaftlichen Testamentes bis zu seinem Tode gewartet werde. Dann kann man auch naturgemäß in der Eröffnung bei Lebzeiten des Testators, die mit dessen Willen erfolgt, ein Zuwiderhandeln gegen die lex Cornelia nicht finden.

Daß aber, wie Nerenz [5]) meint, in diesem Falle das eröffnete Testament des Ueberlebenden seine Kraft verliere und

> „ut longius vim habeat, nova quadam indiget „sollennitate",

halten wir für ebenso verfehlt wie unpraktisch.

---

[1]) Hofacker, Principia juris civilis II § 1360.
[2]) Cannegießer a. a. O., 43 Nr. 21.
[3]) Harpprecht a. a. O., IX Nr 27 ff.
[4]) Glück a. a. O., Bd. 35 S. 61 ff.
[5]) Nerenz, De testamentis correspectivis.

§ 7.
III. Inhalt.

Selbstverständlich ist es, daß auch der Inhalt des korrespektiven Testaments, ebenso wie die Form, den prinzipiellen Bestimmungen unterworfen ist, die sich auf das Testament im allgemeinen beziehen. Insonderheit gilt dies von der Notwendigkeit der Erbeseinsetzung, ferner von dem Erfordernis, daß die im Testament enthaltenen Verfügungen dem freien, bestimmten Willen des Erblassers entsprechen, sowie den besonderen Bestimmungen über Irrtum, Zwang und Bedingungen. Natürlich dürfen auch die Noterben im korrespektiven Testament nicht übergangen sein; ferner stehen dem Erben die beneficia deliberationis und inventarii zu, und endlich kann er gemäß der Bestimmung über die falcidische und trebellianische Quart beanspruchen, daß ein Viertel des gesammten Nachlasses ihm frei von Legaten und anderen Beschränkungen verbleibt.

Fraglich ist nur, ob eine gegenseitige Abhängigkeit zweier Testamente — also Korrespektivität im technischen Sinne oder *Κατ᾽ ἐξοχήν*, wie Hartmann [1]) sagt — nur dann angenommen werden darf, wenn eine gegenseitige Erbeseinsetzung oder wenigstens ein gegenseitiges Bedenken in denselben enthalten ist, die Testamente also „reziprok" sind.

Die herrschende Meinung bejaht dies, doch glauben wir uns derselben nicht unbedingt anschließen zu dürfen.

Allerdings soll gern anerkannt werden, daß die Praxis sich über derlei theoretische Erörterungen hinwegsetzen und kaum andere als reziproke Testamente in beiderseitige Abhängigkeit bringen wird; doch liegt ein Zwang unseres Erachtens nicht vor, die Reziprozität als ein unbedingtes Erfordernis der Korrespektivität ansehen zu müssen.

Auch diejenigen, die ein korrespektives Testament nur unter Ehegatten gelten lassen wollen, können sich hierbei nur

---

[1]) Hartmann a. a. O. S. 147.

auf praktische Erwägungen stützen, die einen Beweis für rechtlich absolute Zulässigkeit oder Unzulässigkeit nicht zu bieten vermögen.

Auch die Behauptung ist aufgestellt, daß simultane reziproke Testamente stets eine Vermutung gegenseitiger Abhängigkeit für sich haben.

Ja Bülow und Hagemann sagen [1]):

„Es scheint offenbar, daß die Disponenten, welche „in ein und derselben Urkunde gegenseitig testieren, „schon dadurch unverkennbar Korrespektivität beabsichtigen."

Auch Otto Fischer im Archiv für bürgerliches Recht und dort Zitierte, sowie Nerenz [2]) schließen sich diesen Ausführungen im wesentlichen an.

Stobbe und Heinzerling halten es für quaestio facti in jedem einzelnen Falle, ob die Korrespektivität von den Testatoren gewollt sei.

Wir möchten uns im allgemeinen der Stobbe'schen Ansicht anschließen. Gewiß werden sich Kontestatoren, die sich gegenseitig zu Erben einsetzen, über die Einzelheiten ihrer letztwilligen Verfügungen beraten, auch mag diese Gegenseitigkeit sie überhaupt erst zum Testieren veranlaßt haben; doch liegt unseres Erachtens kein Grund vor, das schwerwiegende Moment absoluter Abhängigkeit ihren Verfügungen zu supponieren, wenn dies nicht ausdrücklich erklärt ist oder aus anderen Umständen unzweifelhaft erhellt. [3])

---

[1]) Bülow und Hagemann, Praktische Erörterungen, IV. 29 S. 174.

[2]) Nerenz a. a. O. S. 7.

[3]) Archiv für praktische Rechtswissenschaft, N. F. Bd. 10 S. 268 ff. — Ähnlich: Stobbe a. a. O. S. 255; Heinzerling, Hartmann a. a. O. S. 134 ff.

Anderer Ansicht: Dernburg, Pandekten, III § 97; Windscheid, Pandekten, II § 568 Anm. 4; Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38 S. 227; Brinz, Pandekten, III § 370.

IV. Widerruf.

1) Bei Lebzeiten beider Kontestatoren.

§ 8.

a) In beiderseitiger Übereinstimmung.

Weitaus am bestrittensten ist die Frage, ob ein korrespektives Testament — besonders einseitig — widerrufen werden kann, und zwar ist der Hauptgrund für die chaotische Mannigfaltigkeit verschiedener, einander widersprechender Ansichten in der divergierenden Beurteilung der geschichtlichen Entwickelung des korrespektiven Testamentes zu suchen.

Nur darüber herrscht absolute Einigkeit, daß ein beiderseitiger, in gegenseitiger Übereinstimmung erfolgender Widerruf des korrespektiven Testaments zulässig ist. Sind sich die Testatoren darüber einig geworden, ihr Testament in einzelnen Teilen zu ändern oder ganz zu vernichten, so mögen sie es ruhig thun, Dritten erwächst daraus ein Einspruchsrecht nicht, da sie ebenso wenig, wie aus einem einseitigen Testamente zu Lebzeiten der Testatoren einen rechtlichen Anspruch erwerben.

§ 9.

b) Einseitig.

Anders aber liegt der Fall, wenn der Widerruf zwar auch zu Lebzeiten beider Testatoren, aber nicht in beiderseitiger Übereinstimmung, sondern einseitig und gegen den Willen des anderen Teiles erfolgt.

Daß ein solch einseitiger Widerruf zulässig ist, wird allgemein anerkannt und kann auch konsequenterweise nicht bestritten werden; denn ein Testament ist eine „letzte" Willenserklärung, die einem jederzeitigen freien Widerruf unterworfen ist; die Möglichkeit aber, bereits durch die Errichtung eines korrespektiven Testamentes sich rechtsgültig dieses Widerrufsrechtes zu begeben, ist nicht zuzulassen, denn damit würde

man jeden Unterschied zwischen korrespektivem Testament und Erbvertrag vernichten.

Nur Bülow und Hagemann, [1]) die zu diesem Resultat gelangen und bereits im korrespektiven Testament alle essentiellen Bedingungen des Erbvertrages enthalten sehen, konnten sich auf vorerwähnten Standpunkt stellen.

Auch wenn man das korrespektive Testament aus deutschrechtlichen Wurzeln herzuleiten sucht, und da wieder zur Begründung des Ausschlusses eines einseitigen Widerrufs sich auf das im deutschen Recht soviel stärker, als im römischen ausgeprägte Prinzip des Gebundenseins an ein gegebenes Wort beruft, so darf man doch in der Errichtung des Testamentes die schwerwiegende Verpflichtung, von dem einmal erklärten Willen nicht mehr abgehen zu dürfen, nicht erblicken, wenigstens nicht so lange, wie der andere Teil nicht in einen thatsächlichen Nachteil gesetzt ist, das heißt, ihm der Tod die Möglichkeit genommen hat, auch seinerseits von seinen Dispositionen abzugehen, und der Widerrufende thatsächliche Vorteile aus seinem nicht gehaltenen Versprechen erworben hat.

Ist der Widerruf des einen Testators dem anderen bekannt geworden, so kann, wie gesagt, dieser ebenfalls sein Testament jederzeit ändern. Eine Schwierigkeit tritt nur dann ein, wenn er trotz nachgewiesener Kenntnis des Widerrufs sein Testament nicht zurücknimmt. Man hat für diesen Fall die Ansicht aufstellen wollen, daß der nicht erfolgte Widerruf die ausdrückliche Erklärung ersetze, daß der Testator trotzdem von den einmal getroffenen Verfügungen nicht abgehen wolle, hat also in seinem passiven Verhalten eine ausdrückliche Billigung des Widerrufs des anderen Teiles finden wollen.

Wenngleich manches, besonders auch ethische Momente, für diese Meinung zu sprechen scheinen, so glauben wir doch, daß eine solche den Zwecken des korrespektiven Testamentes

[1]) Bülow und Hagemann a. a. O. IV, 29 § 7.

widersprechende und aus keinen Rechtsanalogieen herzuleitende Folgerung mehr als ein rein negatives Verhalten voraussetzt. Es entspricht vielmehr einzig und allein den allgemeinen Grundbegriffen des Rechts, daß überall da, wo sich zwei in ihren Folgen von einander abhängige und in Rücksicht auf einander abgegebene Willenserklärungen gegenüberstehen, das Zurückziehen oder Nichtigwerden der einen auch die andern nichtig macht. Nicht aber scheint es uns berechtigt, aus dem Stillschweigen der einen Partei die Folgerung zu ziehen, daß sie ihrerseits die von ihr abgegebene Erklärung trotz des Widerrufs des anderen Teiles erhalten wissen wolle.

Wir meinen also, daß, wenn die eine Partei von dem Widerruf der anderen Kenntnis erhalten hat, sie nicht nötig hat, ihre Willenserklärung ausdrücklich zurückzunehmen, daß sie sich vielmehr darauf verlassen kann, daß aus ihrem Stillschweigen nicht die Folgerung gezogen wird, sie billige trotzdem ihre Erklärung und wolle sie aufrecht erhalten wissen. Der nicht widerrufende Teil weiß jetzt, daß er als intestatus gilt; mag er von neuem testieren oder, wenn er sein Testament trotz Wegfalls der Korrespektivität erhalten wissen will, dies ausdrücklich erklären.

Ähnlich liegt der Fall, wenn der Widerruf seines Kontestators dem anderen Teile vor seinem Tode nicht bekannt geworden ist.

Für zulässig erklären muß man ihn nach Obengesagtem ebenfalls, und ebenso müssen wir uns in Konsequenz des im vorhergehenden Abschnitte Ausgeführten auch ohne weiteres auf den Standpunkt stellen, daß der Verstorbene nunmehr ex intestato beerbt wird, da der Widerruf des Überlebenden sein Testament ipso jure hinfällig gemacht hat. Denn konnte man zwar im vorhergehenden Falle die Ansicht verfechten, daß im Stillschweigen Genehmigung und Aufrechterhaltung liege, hier — wo der Verstorbene gar keinen Anlaß zu ausdrücklichen Erklärungen bezüglich des errichteten Testamentes

hatte — ist eine solche Ansicht sicher nicht zu billigen. Die Meinung, daß bei Unkenntnis des Widerrufes in Rücksicht auf den daraus resultierenden Mangel jeglicher Veranlassung ein neues Testament zu errichten, die Bestimmungen des korrespektiven Testamentes nur insoweit als hinfällig zu betrachten seien, als der widerrufende Kontestator darin bedacht, oder die Korrespektivität dadurch bedingt ist, scheint uns ein wenig praktischer Ausweg zu sein; wir kommen auf das Unzweckmäßige dieser Anschauung noch in einem späteren Abschnitte zurück.

2) Nach dem Tode eines Kontestators.

a) Bei ausschließlicher Anwendung römischer Grundsätze.

§ 10.

α) Im allgemeinen.

Wie aber, wenn der Widerruf erst nach dem Tode des Kontestators erfolgt?

Hier zeigt sich uns ein gar buntes Bild. Fast aller Schriftsteller Ansichten gehen sowohl hinsichtlich der grundsätzlichen Zulässigkeit des Widerrufs in diesem Zeitpunkte als auch der daran geknüpften Folgen weit auseinander.

Wer das Institut des korrespektiven Testaments auf rein römischen Ursprung zurückführen zu können glaubt, muß konsequenterweise auch dem Überlebenden jederzeit das Recht des freien Widerrufs zugestehen. Das römische Recht kennt eben keine Möglichkeit, den Testator an ein einmal errichtetes Testament dergestalt zu binden, daß er nicht jeden Augenblick wieder davon abgehen könnte. Das Recht zu testieren gehörte zu den Rechten, die einer Beschränkung durch Privatwillkür unter keinen Umständen unterliegen, auf das ebenso wenig gültig verzichtet, wie eine rechtliche Verpflichtung zur thatsächlichen Ausübung desselben begründet werden kann. Wie die Römer durch das Verbot der kaptatorischen Klausel es zu erreichen wußten, den Willen des Testators seinem Inhalte nach

von jeder Beeinflussung freizuhalten, so sicherten sie ihm in dem Verbot der derogatorischen Klausel die unbeschränkte Freiheit der jederzeitigen Bethätigung überhaupt, und beides hat sich so zweckmäßig aus dem Wesen und Geiste der römischen Gesetzgebung entwickelt, die auch hierin wieder auf praktische, klare Weise aus der Beobachtung des alltäglichen Lebens heraus menschliche Verhältnisse mustergültig geordnet hat.

Wenn man nun dennoch den Versuch gemacht hat, den Widerruf des überlebenden Kontestators für unzulässig zu erklären, ohne dabei den Boden römischrechtlicher Anschauung verlassen zu wollen, so ist dies als entschieden unrichtig zurückzuweisen.

β) Im besonderen.

§ 11.

Gilt der Überlebende als Fideikommissarius?

Auf einen seltsamen und schwer verständlichen Ausweg ist von den älteren Autoren hierbei Peck geraten:

Nur der eine der beiden Kontestatoren solle ein Testament über den beiderseitigen Nachlaß, und zwar sowohl für sich wie als Vertreter im Willen des anderen errichten. Hierdurch sei dieser dann in seiner Testierfreiheit beschränkt. [1]) [?]

Dieser Ansicht ist hier nur deshalb Raum gegeben, weil Simon van Leuwen, [2]) hierauf fußend, zu einer Erklärung gelangte, der auch neuere Juristen sich noch angeschlossen haben. Er erklärt unter Berufung auf das Reskript der Kaiser Diocletian und Maximian:

„Heredum etiam res proprias per fideicom-
„missum relinqui posse non ambigitur.“ [3])

den überlebenden Teil nur für fideikommissarisch eingesetzt;

---

[1]) Peck, De testamentis conjugum, I. 43, S. 155.
[2]) Simon van Leuwen, Censurforens IV, 11 Nr. 7, zitiert bei Hartmann a. a. O. Censur. forens.
[3]) l. 25 C de fideic. 6,42.

er sei daher mit Antritt der Erbschaft an die Erfüllung der fideikommissarischen Bestimmungen des Erblassers auch in betreff seines eigenen Vermögens gebunden.

Ebenso Hommel: [1])

„Dieweil der Ehemann auch über seiner Frau Güter „Vorsehung getroffen, die Ehefrau, da sie Erbin des „Ehegatten geworden, seine Vermächtnisse zu erfüllen „und nunmehro auch von ihren Gütern dasjenige, „was er befohlen, denen fideicommissariis ab„treten muß, also dieselbe zwar nicht mehr als „testatrix, jedoch noch allemal als fiduciaria zu „betrachten."

Von neueren Juristen schlossen sich dieser Ansicht an: Holzschuher, [2]) Heimbach, [3]) Mühlenbruch [4]) und andere mehr.

Das Unhaltbare derselben ist bereits von Hasse [5]) äußerst ausführlich und klar dargelegt, und, soweit uns bekannt, hält danach niemand mehr an der veralteten Ansicht fest.

Hasse wies besonders auf den Widerspruch solcher Ausdehnung oben zitierter Pandektenstelle mit l. 1 § 17 D ad S. C. Trebell. 36,1:

„Ne damnum fideicommissarius sentiat ultra „quam ad eum ex hereditate quid pervenit"

hin. [6])

§ 12.

γ) Als „quasi ex contractu" verpflichtet?

Es ist fernerhin der Versuch gemacht worden, den Überlebenden als „quasi ex contractu" zur Aufrechterhaltung

---

[1]) Hommelii Rhapsodia, Observ. 166,4.
[2]) Holzschuher, Theorie und Kasuistik, II S. 745.
[3]) Heimbach in Weiske's Rechtslexikon, X S. 819.
[4]) Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38 S. 226, S. 233.
[5]) Hasse im Rheinischen Museum für Jurisprudenz, III S. 501 ff.
[6]) — a. a. O. S. 520.

seines Testamentes verbunden anzusehen; [1]) doch ist die Unmöglichkeit dieser Konstruktion bereits ebenfalls von Hasse, dem sich Otto Fischer [2]) anschließt, zur Genüge dargethan.

Wenn man auch zugiebt, daß selbst schon nach römischem Rechte aus dem Quasikontrakt, wie aus einem ordentlichen Vertrage, nicht nur eine Obligation, sondern auch mancherlei Anderes, vorzüglich ein Recht und der Verlust eines Rechtes resultieren kann, [3]) so muß man doch stets festhalten, daß dadurch immer nur ein bestimmtes, objektives Recht erworben beziehungsweise verloren werden, nicht aber die Rechtsfähigkeit einer Person im allgemeinen — soweit sie der Beschränkung durch Privatwillkür entrückt ist — verändert werden kann. Es ist aber unzweifelhaft, daß nach römischem Recht im Gegensatz zum deutschen Recht die unbeschränkte Testierfähigkeit ein Teil der Rechtsfähigkeit jedes rechts- und handlungsfähigen Subjekts ist, welcher durch Privatabmachungen durchaus nicht berührt werden darf. [4])

Mag man daher auch aus dem Quasikontrakte die Verpflichtung zur Auszahlung der Legate begründen, eine Beschränkung der Testierfähigkeit kann man nach römischem Rechte aus ihm ebenso wenig herleiten, wie aus einem Vertrage, ohne dem römischen Rechte Zwang anzuthun.

§ 13.

δ) Als bedingt berufen?

Auch Cannegießer's Versuch [5]), das korrespektive Testament trotz römischer Basis nach dem Tode des einen

[1]) Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38, S. 238.

[2]) Fischer im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 6, S. 69.

[3]) Vgl. § 23 der vorliegenden Arbeit.

[4]) Durch Erbverträge wird die Testierfähigkeit überhaupt nicht beschränkt. Wer einen Erbvertrag geschlossen, kann daneben ohne jeden Zweifel jederzeit ein Testament errichten, zum Beispiel, um in diesem seine Noterben zu berufen oder über einen vom Erbvertrage ausgeschlossenen Vermögensteil zu verfügen.

Durch den Erbverzicht wird die Testierfähigkeit überhaupt nicht und die Erbfähigkeit nur in Bezug auf einen ganz bestimmten Nachlaß beschränkt.

[5]) Cannegießer, a. a. O. I Dec. 43, 30.

Erblassers für unwiderruflich zu erklären, läßt sich nicht rechtfertigen. Er sagt, der Erbantritt aus einem korrespektiven Testament sei nichts anderes, als der Antritt unter einer auferlegten Potestativbedingung:

„Es ist ebensoviel, als ob pars superstes
„unter der ausdrücklichen Bedingung eingesetzt worden
„wäre, daß er von dem gemeinschaftlichen Testament
„nicht mehr abgehen solle."

Wie jeder, der aus einem Testamente unter einer Bedingung berufen sei, nach seinem Antritt zur Erfüllung der Bedingung rechtlich gezwungen werde, so sei der Erbe aus einem korrespektiven Testament nach seinem Antritt gezwungen, sein Testament aufrecht zu erhalten, und könne dieser auf sich genommenen Bedingung mit rechtlichen Folgen nicht zuwiderhandeln.

Hierbei, scheint es, hat Cannegießer nur ganz vergessen, daß solche Bedingungen, wie oben ausgeführt, im römischen Rechte durch Sitte und Gesetz verboten sind, also auch keinen rechtlichen Zwang begründen können.

§ 14.

ε) Die Folgen der Zulassung des Widerrufs nach dem Erbschaftsantritt und die Unzulässigkeit der cautio Muciana.

Wenn man nun aber das korrespektive Testament für ausschließlich römischen Rechtes hält und konsequenterweise, wie oben dargethan, den Widerruf auch nach dem Tode des Kontestators zuläßt, steht man vor der recht schwierigen Frage, welche Wirkungen einem solchem Widerruf beizumessen sind.

Vielleicht haben aus dem Geiste des römischen Rechts heraus diejenigen am logischsten entschieden, die den Widerruf des Ueberlebenden überhaupt und gänzlich ohne Folgen für zulässig erklären. Danach sind korrespektive Testamente nichts anderes, als mehrere einzelne neben einander bestehende

Testamente, bei denen die Thatsache der Korrespektivität nach Versterben des einen Testators gänzlich irrelevant ist. Denn wollte man den Verzicht auf den Widerruf verbieten und dann doch die Gültigkeit des Testaments des Erstverstorbenen davon abhängig sein lassen, daß der Kontestator thatsächlich auf den Widerruf seines Testaments verzichtet, so würde man zwei sich direkt widersprechende Grundsätze in das sonst so klare römische Recht bringen. Hat der überlebende Teil also die Erbschaft angetreten, so wird seine Testierfreiheit über sein eigenes Vermögen in keiner Weise, über das ererbte nur in Gemäßheit der allgemeinen gesetzlichen Vorschriften, die Substitutionen, Legate und anderes betreffend, beschränkt.

Die Härten dieser Anschauungen liegen auf der Hand· Betrug und Arglist wird Thür und Thor geöffnet. Unter der Verabredung der Gegenseitigkeit kann man sich Vorteile erschleichen, ohne nachher zur Aufrechterhaltung seiner Zusage gezwungen zu sein, und so die Vorteile eines Geschäftes sich sichern, ohne die bedingten Opfer zu bringen. Gegen diese schweren Vorwürfe können sich die Verfechter letzterwähnter Ansicht nur hinter den allgemeinen, an sich nichtssagenden Regeln verschanzen:

„qui jure suo utitur nemi nem laedit“

und

„jura vigilantibus scripta sunt.“

Viele Schriftsteller, unter ihnen sehr bedeutende der neuesten Zeit, — und wir wollen nicht verkennen, daß die Autorität der darunter vertretenen Namen eine schier erdrückende zu sein scheint — wollen dagegen aus dem Geiste des römischen Rechtes heraus zwar auch den Widerruf nach dem Tode des einen Testators für zulässig halten, ihm aber auch die praktische Folge beimessen, daß der Widerrufende das, was aus dem Testamente auf ihn gekommen, wieder herausgeben müsse.

Zunächst muß man ja, wenn man den Widerruf nach

dem Antritte der Erbschaft überhaupt zuläßt, auch daran festhalten, daß er jederzeit erfolgen kann, also nicht etwa nur eine mehr oder minder kurze Zeit nach dem Erbschaftsantritte. Und da fragt es sich dann wieder: was hat der Widerrufende herauszugeben? Nur die Substanz dessen, was ihm aus der Erbschaft überkommen? oder auch die sämtlichen Nutzungen, die er gezogen? oder vielleicht nur die Nutzungen von dem Augenblicke des Widerrufs an, da er doch bis dahin im Recht und bona fide im Genusse gewesen? Und weiter, hat er fructus percepti oder auch percipiendi herauszugeben, oder vielleicht nur die Bereicherung? Und wofür haftet er? Für diligentia boni patris familias, oder nur für diligentia quam in suis?

Man sieht, wer sich zu dieser Meinung bekennt, hat der Fragen viele zu beantworten und wird doch zu keinem wirklich befriedigenden Resultate gelangen. Und wollte man diese Ansicht in die Praxis übertragen, so würde man damit eine schier unversiegbare Quelle der unerquicklichsten Erbstreitigkeiten schaffen.

Aber weiter, was soll denn nun geschehen, wenn der Nachlaß herausgegeben worden ist?

Die meisten meinen, dann trete Intestaterbfolge ein. Diese Lösung, so einfach und glücklich sie zunächst zu sein scheint, bietet doch mancherlei Schwierigkeiten.

Darüber, daß ein an sich formal und inhaltlich den gesetzlichen Bestimmungen genügendes Testament nun absolut nichtig sein soll, weil der Kontestator einer Voraussetzung nicht genügt, trotzdem vielleicht reichliche Substitutionen vorhanden sind, die des Erblassers Willen betreffs der weiteren Schicksale des Nachlasses deutlich dokumentieren, könnte man sich vielleicht noch hinwegsetzen, wenn man annehmen will, daß die Korrespektivität sowohl für das Ganze, wie für jede einzelne Bestimmung als eine conditio sine qua non anzusehen ist.

Aber welche Personen sollen denn nun in den plötzlich vakant gewordenen Nachlaß berufen werden? Diejenigen, die intestaterbberechtigt waren in dem Augenblicke, als der Erblasser starb, oder diejenigen, welche es zu der Zeit sind, in der der Widerruf stattfindet, oder in dem Zeitpunkte, in dem er bekannt wird? Oder vielleicht auch erst dann, wenn der Widerruf nicht mehr durch Zurücknahme und Herstellung des alten korrespektiven Verhältnisses geheilt werden kann, das heißt im Momente des Todes des Widerrufenden, da sich doch die meisten Schriftsteller auf den Standpunkt gestellt haben, daß nach Zurücknahme des Widerrufes die alte Korrespektivität wieder hergestellt werden kann? Denn die Wirkungen des Testamentes treten ja erst im Augenblicke des Todes des Testators ein, und vorher ist die Thatsache, ob überhaupt ein Testament besteht, gänzlich bedeutungslos — die Konsequenzen des Widerrufs würden also streng logisch immer erst die Erben des überlebenden Kontestators treffen, da dieser ja jederzeit das vorher widerrufene Testament wieder in Kraft setzen kann, mit der einen Ausnahme, daß er sich etwa nach dem Erbanfall aus dem Testamente durch einen Erbvertrag anderweitig zwingend gebunden hätte. Und selbst dieser letztere könnte aufgehoben werden.

Diese Ansicht erscheint also wenig geeignet, die Frage in befriedigender Weise zu lösen.

Noch weniger glücklich aber ist es, unter Einräumung der Zulässigkeit des Widerrufs nach dem Tode des einen Testators in die von dem Kontestator — beziehungsweise nach dem oben Gesagten von seinen Erben — herauszugebende Erbschaft die Intestaterbfolge nur insoweit eröffnen zu wollen, als im Testamente nicht durch Substitutionen für anderweitige Erben gesorgt oder durch Vermächtnisse über den Nachlaß verfügt ist. Denn einmal gilt natürlich auch in diesem Falle alles oben Gesagte über die Schwierigkeit, was und in welchem Zeitpunkte und an wen herauszugeben ist. Und

wenn ferner auch der Satz: „nemo pro parte . . .“ im gemeinen Rechte einem solchen Verfahren nicht mehr absolut entgegenstehen würde, so kann man doch die Zulässigkeit einer Konkurrenz von testamentarischer und Intestaterbfolge nur da annehmen, wo sie zweifellos der Absicht des Testators entspricht. Das ist da der Fall, wo absichtlich nur über einen Teil des Vermögens letztwillig verfügt, der andere Teil aber für die Intestaterbfolge offen gehalten ist. Nicht aber trifft es hier zu, wo ja über den ganzen Nachlaß testiert und nun nicht mit, sondern sehr gegen Willen und Absicht des Erblassers ein Teil desselben frei geworden ist.

Auch der Ausweg, durch eine der cautio Muciana, — welche die Auszahlung der einen Erben auferlegten Legate sicherzustellen bezweckt, — analoge Schöpfung die Erfüllung der aus dem Widerrufe entstehenden Verpflichtungen des Erben auf Restitution des Nachlasses zu garantieren, scheint uns, ganz abgesehen davon, inwieweit solche Aushülfe überhaupt zulässig ist, die oben angedeuteten Schwierigkeiten nicht zu beseitigen.

§ 15.

b) Bei Zulassung deutschrechtlicher Grundsätze.

Alle diese Bedenken ergeben sich notwendig, wenn man das korrespektive Testament aus rein römischem Ursprunge herleitet, und dann natürlich auch die allgemeinen Regeln des römischen Rechtes darauf anwenden muß. Die Vertreter dieses Standpunktes kommen dann, wie wir glauben, zum größten Teil dahin, daß sie, um die Grundlage ihres Aufbaues zu verteidigen, sich mit den wichtigsten Prinzipien des römischen Erbrechts in schreienden Widerspruch setzen. Wir erinnern nur an das oben Gesagte betreffs des Satzes: „semel heres semper heres“; wenn der Kontestator im Augenblicke des Antritts sein Testament noch nicht widerrufen hatte, so wird er doch rechtmäßiger Erbe — denn derjenige, der aus einem korrespektiven Testament antritt, wird doch

rechter Erbe – –; eine hereditatis petitio kann also gegen ihn nicht angestrengt werden, denn die steht dem Erben gegen den Nichterben zu, er aber ist Erbe.

Denn daß er noch gar nicht Erbe, sondern vielleicht nur gutgläubiger Besitzer ist, die Frage nach dem wahren Erben aber noch in pendente liege, die Erbschaft also eine hereditas jacens sei, das haben, soweit uns bekannt, selbst die Kühnsten nicht behauptet.

Man muß also, wenn man überhaupt zu einem Resultat gelangen und dem korrespektiven Testament, wie es nun doch thatsächlich Jahrhunderte hindurch bei uns bestanden und auch heute noch in denkbar weitgehendster Ausdehnung festgewurzelt in unserem Volksleben dasteht, gerecht werden will, mit der Ansicht brechen, daß der Widerruf auch noch nach dem Tode des Erstversterbenden zulässig sei.

Das kann man nun freilich nicht, wenn man die Lehren des römischen Rechts hier für allein maßgebend hält. Man kann und muß es aber ohne weiteres, wenn man mit uns — wie wir oben in der Abhandlung über die geschichtliche Entwickelung darzuthun uns bemüht haben — auch dem germanischen Recht einen Anteil an diesem Institute einräumt.

Das deutsche Recht hat die Testierfreiheit und die Unmöglichkeit, sie einzuschränken, nirgends derart zu einem Grundprinzip erhoben, wie das römische. Im Gegenteil, gerade in den ältesten Zeiten war sie, wie oben gesagt, den allergrößten Einschränkungen und Erschwerungen unterworfen.

Auch durch die Rezeption und die damit verbundene Unterordnung deutscher Rechtsverhältnisse unter römischrechtliche Grundsätze waren diese deutschen Anschauungen zwar beträchtlich geschwächt, nicht aber völlig verschwunden. Dies zeigt zur Genüge die Entwickelung unserer heutigen Majorate und Fideikommisse, die doch mit ihren römischen Namensvettern herzlich wenig gemein haben, und die Möglichkeit, solche Vermögenskomplexe dem Testierrechte überhaupt zu ent-

ziehen. Das deutsche Recht ist, soweit es sich auf Verfügungen über den künftigen Nachlaß bezieht, zum wenigsten bis zur Zeit der Rezeption auch gar nicht von dem Institute der Testamente beherrscht — die es vielleicht überhaupt nicht, zum mindesten aber nur in ganz geringer Ausdehnung, kannte —, sondern vielmehr von dem der unwiderruflichen Vergabungen von Todes wegen. Und dasjenige gerade, wodurch es sich von allem, was das römische Recht gezeitigt hat, unterscheidet, und worin sich zugleich ein weiter Einblick in das von dem römischen so unendlich abweichende germanische Rechtsleben eröffnet, ist die Möglichkeit, unwiderrufliche Verfügungen über den künftigen Nachlaß zu treffen. Und als mit der Rezeption auch die römische Testamentslehre in Deutschland Eingang fand, da vermochte sie die auf einer so unendlich höheren Stufe der Entwickelung stand, zwar den meisten ihrer Regeln allmählich Aufnahme und Geltung zu verschaffen, aber diese alte deutschrechtliche Lehre konnte sie nicht völlig verdrängen.

Und so war denn das korrespektive Testament ein ganz naturgemäßes und praktisches Resultat der Verschmelzung beider Rechte. Das römische Recht gab seine Formen und die meisten seiner Grundbegriffe über Testamente her — zumal das erste war segensreich —, das deutsche Recht das Prinzip von der Zulässigkeit, sich unwiderruflich zu binden; — und auch das war gut und praktisch, denn wozu man andernfalls kommt, haben wir oben gesehen —.

Und daß der Widerruf zwar nach dem Tode des einen Testators unzulässig, bei beider Lebzeiten aber zulässig ist, ist auch durchaus konsequent und praktisch; denn die Möglichkeit, Vereinbarungen über den Tod hinaus mit Ausschluß jeden Widerrufes zu treffen, ist bereits in dem Erbvertrage gegeben. Wer sich absolut binden will, mag den Erbvertrag wählen, wer sich zwar auch dagegen wehren will, daß seinen Vereinbarungen zu einer Zeit nicht entsprochen wird, wo er seine

alten Bestimmungen durch neue zu ersetzen außerstande ist, nämlich nach dem Tode, wer sich aber im übrigen möglichst lange die Freiheit, andere Verfügungen zu treffen, erhalten will, der findet alle seine Wünsche im korrespektiven Testamente erfüllt.

Wir halten also den Widerruf des korrespektiven Testamentes zwar bei Lebzeiten beider Testatoren für zulässig, nach dem Tode eines und dem Erbantritt des anderen aber für unzulässig und wirkungslos.

Mit dieser Ansicht stehen wir auch durchaus nicht allein. Nicht nur die Wissenschaft zum großen Teil, sondern auch die meisten Gesetzgebungen der einzelnen deutschen Staaten auf denselben Standpunkt gestellt; in erster Reihe das preußische Landrecht [1]), das allerdings aus praktischen Rücksichten das korrespektive Testament auf Ehegatten beschränkt.

§ 16.

3) Vertraglicher Verzicht auf den Widerruf eines wechselseitigen Testaments.

Noch eine Frage hat uns hier an dieser Stelle zu beschäftigen, die an sich zwar sehr einfach, dennoch wiederholt Veranlassung zur Aufstellung widersprechender Ansichten gegeben hat.

Es ist der Fall, daß Parteien, die ein wechselseitiges Testament errichtet haben, nachträglich in einem besonderen Vertrage auf den Widerruf desselben verzichten. Nach reinrömischem Rechte würde der ganze Vertrag natürlich nichtig sein, da er der clausula derogatoria widerspricht, die den Verzicht auf den Widerruf eines Testamentes ausdrücklich untersagt, ein Verbot, das in keiner Weise umgegangen werden kann.

---

[1]) Allgemeines Landrecht II, 12 §§ 614 ff; II, 1 §§ 481 ff, besonders § 492.

Heimbach [1]), Mühlenbruch [2]), Mittermaier [3]), Leyser [4]) und andere glauben jedoch aus der Zulässigkeit der Erbverträge überhaupt auch die Gültigkeit der Verträge über die Unwiderruflichkeit eines Testamentes begründen zu dürfen.

Hiergegen wenden sich Beseler [5]), Hasse [6]), Windscheid [7]) und Bluntschli [8]).

Doch wird man unseres Erachtens einen solchen vertraglichen Verzicht auf den Widerruf eines Testamentes nicht unter allen Umständen gänzlich ignorieren und als rechtsungültig ansehen können. Man wird in dieser Verbindung von Testament und Vertrag vielmehr dann einen rechten Erbvertrag sehen müssen, wenn im übrigen allen Erfordernissen des Erbvertrages genügt ist da ja nun das Testament integrierender Bestandteil des diesbezüglichen Vertrages wird.

„Durch einen solchen Vertrag wird nicht das Testa-
„ment als solches modifiziert, sondern in ein ganz
„neues Geschäft umgewandelt, welches direkt auf
„Beerbung geht." [9])

---

[1]) Heimbach a. a. O., X S. 894 ff.
[2]) Mühlenbruch a a O., Bd. 38 S. 221.
[3]) Mittermaier a. a. O., § 462 Note 3.
[4]) v. Leyser, Meditationes ad Pandectas, Sp. 359 med. 9.
[5]) Beseler a. a. O., II S. 320.
[6]) Hasse a. a. O., II S. 208.
[7]) Windscheid a. a O., § 568.
[8]) Bluntschli, Deutsches Privatrecht, § 248: „Der Widerruf des Testamentes kann nicht durch zugefügten Vertrag wegbedungen werden Will man den Widerruf eines letzten Willens ausschließen, so schreitet man über die äußerste Grenze des Testamentes hinaus und kann diese Absicht nur noch durch einen Erbvertrag erreichen.
[9]) Beseler a. a. O. II S. 320. — Ebenso: Windscheid a. a. O. § 568.

B.

Der Erbvertrag.

I. Geschichte.

§ 17.

1) Herleitung des Erbvertrages aus dem römischen Recht.

Es ist unbestritten, daß das römische Recht Erbverträge nicht gekannt hat. Aus welchem Grunde man diesem Institute die Aufnahme verweigerte, ob thatsächlich die sittliche Verkommenheit in Rom, auch in den guten Zeiten der Republik, derartig gewesen ist, daß, wer einen Erbvertrag abschloß, sich dadurch einer ständigen Lebensgefahr ausgesetzt hätte — wie gerade ältere Schriftsteller behaupten —, oder ob die Römer dies allein deshalb schon — und das halten wir mit Hasse und Beseler für die richtige Ansicht — unmöglich thun konnten, wollten sie sich nicht in schroffen Widerspruch setzen mit den sonst in ihrem Erbrecht herrschenden Prinzipien der Einseitigkeit und Widerruflichkeit; die Lösung dieser Frage muß der Geschichtsforschung vorbehalten bleiben. Eine sachliche juristische Erörterung darf sich mit der allseits zugestandenen Thatsache begnügen und von ihr ausgehen, daß Erbverträge im römischen Recht nicht anerkannt sind und aus diesem nicht hergeleitet werden können.

§ 18.

2) Herleitung des Erbvertrages aus dem alten deutschen Recht.

Die Neueren, in erster Reihe Beseler, glaubten nun die Wurzeln des Institutes in älteren Rechten überhaupt nicht finden zu können, und meinen es lediglich als eine neue Schöpfung der Theoretiker und des diesen folgenden Gerichtsgebrauches ansehen zu müssen, entstanden unter der Einwirkung der Rezeption, in Anlehnung und als Ersatz vielleicht

für das eben durch die Rezeption beseitigte altdeutsche Institut der Vergabungen von Todes wegen.

Beseler [1]) wehrt sich darum besonders gegen die von Eichhorn [2]) und anderen [3]) vertretene Ansicht, daß der Erbvertrag direkt aus den Vergabungen von Todes wegen entstanden sei, weil, wie er ganz richtig hervorhebt, das wesentlichste Moment der Vergabungen von Todes wegen des alten deutschen Rechtes darin lag, daß dem Bedachten sofort, schon bei Lebzeiten des künftigen Erblassers, ein dingliches Recht an der zugewendeten Sache entstand.

In der That sind die wenigen Beispiele, die Eichhorn und seine Anhänger in einzelnen alten Urkunden zur Bekräftigung ihrer Ansicht, daß bereits vor der Rezeption sich die Vergabungen von Todes wegen zu richtigen Erbverträgen ausgebildet hätten, zu finden meinen, wie wir mit Beseler zugeben müssen, nicht derart, daß sie absolut sichere Schlüsse zulassen.

Im übrigen braucht man darauf schließlich auch kein allzu großes Gewicht zu legen, da die Ansicht, daß die Wurzeln des Erbvertrages in den altdeutschen Vergabungen von Todes wegen zu suchen seien, die Begründung seiner Geltung im gemeinen Rechte nur erleichtern würde. Und die früher hier und dort aufgestellte Behauptung, daß dem Erbvertrage überhaupt keine gemeinrechtliche Bedeutung beizumessen sei, ist längst als unhaltbar anerkannt.

§ 19.

3) Herleitung des Erbvertrages aus dem gemeinrechtlichen Gewohnheitsrechte.

Wenn wir also auch in unserem heutigen Erbvertrage zwar nicht dasselbe, nur organisch weiter gebildete Institut

---

[1]) Beseler a. a. O. 7 II S. 172 ff.
[2]) Eichhorn a. a. O. § 341.
[3]) Albrecht a. a. O. S. 333.

der Vergabungen sehen, so ist doch die große Ähnlichkeit mit ihm und seine Anlehnung daran nicht zu bestreiten.

Als das römische Recht im ganzen rezipiert war, war es doch nicht sofort in die Rechtsanschauungen des Volkes übergegangen. Besonders auf dem Gebiete des Erbrechts, wo deutsche und römische Anschauungen sich entgegenstanden, verlangte der Volkswille gebieterisch sein Recht: der Deutsche, seit langen Zeiten gewöhnt, schon bei Lebzeiten in bindender und unwiderruflicher Form über den Verbleib seiner Vermögensstücke nach seinem Tode zu verfügen, wollte sich auch nach der Rezeption die Möglichkeit, in einer gegen jeden Widerruf gesicherten und jeder einseitigen Änderung unzugänglichen Form das Geschick seines Nachlasses zu bestimmen, nicht nehmen lassen.

So waren denn die Juristen gezwungen, den Vergabungen näher zu treten, und als sie sich bemühten, diese den durch die Rezeption entwickelteren und in eine neue Richtung gedrängten Rechtsanschauungen anzupassen, mußten sie von vornherein mit den rein römischen Prinzipien der Testamentslehre brechen. Es mußte das in den Vergabungen von Todes wegen unzweifelhaft enthaltene Prinzip der Zweiseitigkeit in Verbindung mit dem ebenso ausgeprägten Grundsatze der Unwiderruflichkeit römisch gebildete Anschauungen notwendig auf den Vertrag drängen. Zwar der Gegenstand des Vertrages gehörte seinem Charakter nach dem Erbrecht an, das Geschäft hatte also einen nach römischer Auffassung unzulässigen Inhalt; doch durfte man sich hieran nicht stoßen, wenn man dem ganzen Rechtsgeschäft überhaupt gerecht werden wollte. So glaubten denn die Juristen, einen Ausweg gefunden zu haben, wenn sie die alten Vergabungen von Todes wegen als richtige Verträge auffaßten, auf die der römischen Testamentslehre höchstens insoweit Einfluß eingeräumt werden könne, als dies unbeschadet des vertraglichen Wesens des ganzen Institutes möglich sei.

Aber gerade, indem sie so deutsches und römisches Recht organisch zu vereinen glaubten, verloren sie den Halt an beiden. Was sie schufen, war nichts Altes: es war nicht römisch, es war auch nicht deutsch, es war ganz neu So ward hier ein Institut durch die gelehrten Juristen geschaffen, dessen Wurzeln zugleich in dem Boden deutscher und römischer Auffassung liegen, und das darum auch eine absolut einseitige Beurteilung nicht zuläßt. Dies Institut fand in der Praxis der Gerichtshöfe bald Eingang und ist seit dieser Zeit bei uns Gewohnheitsrecht geworden. Denn mag man gern zugeben, daß eine communis opinio gelehrter Juristen an sich eine Rechtsquelle nicht zu bilden vermag, sicher wird man ihr nicht abstreiten können, daß sie Veranlassung sein kann zur Bildung eines Gewohnheitsrechtes. [1])

II. Wesen.

§ 20.

1) Die Vertragsnatur im allgemeinen und im besonderen, im Gegensatze zu letztwilligen Verfügungen und Schenkungen von Todes wegen.

Das Wesen des Erbvertrages liegt in dem Vertrage, oder, wie Beseler sagt, der Vertrag ist das Prinzip der Lehre, das heißt, er ist ein zweiseitiges, auf gegenseitiger Willensübereinstimmung basierendes und deshalb einseitig nicht widerrufliches Rechtsgeschäft unter Lebenden.

Zu den letztwilligen Verfügungen, zu denen ihn manche haben rechnen wollen, kann der Erbvertrag schon deshalb nicht gehören, weil bei ihm ebenso, wie bei jedem anderen Vertrage, die Willensübereinstimmung die Existenz des Geschäfts begründet, also Inhalt des Geschäftes der Wille wird, der

---

[1]) Albrecht in Schneider und Richter's Kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft, XI. S. 333, sieht in dieser Entwickelung „nicht allmähliche Erzeugung der Erbverträge, sondern allmähliche Anerkennung derselben im Kampfe mit dem römischen Recht."

in diesem Momente der erklärten Übereinstimmung unter den Beteiligten herrscht, ein gegenwärtiger Wille, der durch die Einigung der Parteien zu einem stetigen und unwiderruflichen wird.

Aber der Erbvertrag ist überhaupt keine Verfügung im technisch-juristischen Sinne, weil er nicht auf Grund einer einseitigen Willensentschließung zustande kommt, sondern aus zwei sich deckenden Entschließungen hervorgeht. Er ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, und zwar ein Rechtsgeschäft unter Lebenden. Diejenigen, die ihn als ein Rechtsgeschäft mortis causa bezeichnen und den römischen donationes mortis causa in dieser Hinsicht gleich stellen wollen, dürften die Bezeichnung „mortis causa" in zu weitgehender Bedeutung aufgefaßt haben. [1])

Man muß unter einem negotium beziehungsweise einer donatio mortis causa, wie wir meinen, nur ein solches Rechtsgeschäft verstehen, dessen Existenz auf den Todesfall gestellt ist, so daß, wenn dieser Todesfall nicht, oder vielmehr nicht in dem supponierten Zeitverhältnisse zu Leben und Sterben einer anderen Person eintritt, ein rechtswirksames Geschäft überhaupt niemals bestanden hat.

Die Existenz des Geschäftes ist also in diesem Falle suspensiv bedingt, abhängig sowohl, wie oben gesagt, von dem Eintritt eines Todesfalles, als auch von der Geltendmachung beziehungsweise Nichtgeltendmachung eines Widerrufsrechtes. Und gerade dieses Widerrufsrecht ist ebenso ein natürliches Erfordernis wie ein untrügliches Merkmal des negotium mortis causa. Es steht dem Schenker, wenn es nicht durch einen, allerdings zulässigen, ausdrücklichen Verzicht außer Kraft gesetzt ist, selbst dann zu, wenn die Hingabe des Schenkungsobjektes thatsächlich bereits erfolgt ist, so daß diese Hingabe zwar Eigentum erzeugt, aber nur resolutiv bedingtes, und

[1]) Anders Hasse im Rheinischen Museum für Jurisprudenz, II S. 216; Beseler a. a. O. II S. 212.

daher auch die Rückforderung mit der Eigentumsklage, der rei vindicatio, erfolgen kann. [1])

Das ist aber bei dem Erbvertrage nicht der Fall. Denn bei diesem kommt das Rechtsgeschäft unzweifelhaft im Momente der Willensübereinstimmung — mit dem Vertragsabschlusse — zu voller und unbedingter Existenz und erzeugt daher sofort und unwiderruflich den Erfolg, auf den es gerichtet ist, nämlich das Erbrecht beziehungsweise den Verlust des Erbrechts oder den Vermächtnisanspruch.

Lediglich das ist — und zwar nicht auf Grund privater Willkür, sondern gemäß der Natur des erworbenen Rechtes — von einem Todesfalle abhängig, ob der aus dem Erbvertrage Berechtigte jemals die Möglichkeit haben wird, von seinem Rechte Gebrauch zu machen.

Die Existenz des aus dem Erbvertrage entspringenden Rechtes selbst ist also so wenig bedingt, wie auf den Tod gestellt.

Aus diesem Grunde kann man den Erbvertrag auch nicht als ein seinem Wesen nach bedingtes Rechtsgeschäft bezeichnen; denn seine Existenz ist eben unbedingt, und das einzigste, was von einem in der Zukunft liegenden Momente abhängt, ist der Eintritt und die Art seiner Wirkungen.

§ 21.

2) Bedingungen, Motive und subjektive Erfordernisse beim Erbvertrage.

Aus der Vertragsnatur des ganzen Geschäftes ergiebt sich auch, daß unmögliche und unsittliche Bedingungen, wie bei jedem Vertrage überhaupt, das ganze Geschäft nichtig machen und nicht, wie beim Testament, als nicht geschrieben behandelt werden. [2])

---

[1]) Vgl. Dernburg, Pandekten, III § 117: „Sie — scil. die donationes mortis causa — werden also erst perfekt mit dem Versterben des Schenkers vor dem Beschenkten und sind ohne Kraft, wenn dies nicht geschieht." Vgl. auch Note 4 ebendaselbst.

[2]) Beseler a. a. O. II S. 269.

„Für die moralisch unmögliche und die affirmative, „physisch unmögliche Bedingung hingegen möchte ich „die Grundsätze der Vertragslehre auch beim Erb„einsetzungsvertrage eintreten lassen; denn wer dazu „beiträgt, durch seinen Konsens ein Geschäft contra „bonos mores zu machen, verdient nicht, aus dem„selben einen Vorteil zu ziehen; und wer vertrags„mäßig eine unmögliche Bedingung übernimmt, hat „es sich selbst zuzuschreiben, wenn das Geschäft dadurch „für ihn verloren geht."

Folgerichtig müssen auch die für den Vertrag im allgemeinen geltenden Grundsätze über Betrug, Irrtum und Zwang in Anwendung kommen.

Resolutivbedingungen dagegen und ein dies ad quem fallen beim Erbvertrage fort, weil derartige Bestimmungen, welche mit der Regel „semel heres semper heres", die für jede Erbeinsetzung an sich, also auch für die vertragsmäßige gilt, nicht zu vereinigen sind.

Nach dem österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch [§ 1251] kommen bezüglich der Bedingungen allein die Grundsätze des Vertrages in Anwendung, während das preußische allgemeine Landrecht [Teil I Titel 12 § 647] die des Testamentes für gültig erklärt. [1])

Ebenso folgt aus der rechtlichen Natur des Erbvertrages mit Notwendigkeit, daß die subjektiven Erfordernisse, die in den Persönlichkeiten der Paciscenten erfüllt sein müssen, in erster Reihe diejenigen sind, welche die Voraussetzung der subjektiven Vertragsfähigkeit überhaupt bilden. Die Paciscenten müssen rechtsverbindliche Verträge eingehen können, sie müssen sich durch Verträge verpflichten, und aus denselben berechtigt werden können. Es ist also die volle uneingeschränkte Handlungsfähigkeit erforderlich.

---

[1]) Beseler a. a. O. II S. 269 ff.

Die Paciscenten müssen aber auch ferner die testamenti factio sowohl activa wie passiva besitzen. Dies Erfordernis geht freilich nicht aus der Vertragsnatur des Erbvertrages hervor; es ergiebt sich aber ohne weiteres aus seinem eigenartigen Ziele und Gegenstande.

Und die Folge der Verbindung dieser beiden subjektiven Erfordernisse wieder ist, daß eine Ergänzung beschränkter Vertragsfähigkeit, durch die Mitwirkung von Tutoren und Kuratoren, wie sie beim obligatorischen Vertrage zulässig ist, ausgeschlossen bleiben muß. Denn Geschäfte, die auf erbrechtlichem Gebiete liegen, erfordern die vollste Selbständigkeit des Handelns und unbeschränkteste Unabhängigkeit der Person, wie der Willensäußerung; und die Zulassung einer Ergänzung unvollständiger Handlungsfähigkeit und nur teilweiser persönlicher Unabhängigkeit durch die Mitwirkung eines dritten würde den allgemeinen Grundsätzen des Erbrechts durchaus widersprechen.

III. Gegenstand.

§ 22.

1) Ist Gegenstand des Erbvertrages der Nachlaß?

Über die Frage, was Gegenstand des Erbvertrages ist, hat früher große Meinungsverschiedenheit in der Theorie geherrscht.

Viele Schriftsteller haben behauptet, Gegenstand des Erbvertrages sei der Nachlaß.

> „Effectus pacti talis est, quod haec conventio „jus reale hereditarium anomalum praesenti „alteri in bonis alterius constituat, vi cujus „jus succedendi recta sine traditione in eventum „mortis transit. Quod jus reale et bona pro„mittentis afficit, ita ut alienationem eorum „impediat". [1])

[1]) Stryke, tract. de successione ab intestato Diss. VIII cap. 5 § 24, citiert von Beseler.

Zu dieser irrigen Meinung kamen sie wohl von der Voraussetzung ausgehend, ein Vertrag müsse notgedrungen eine Obligation erzeugen und es könne diese hier nur in einem Forderungsrechte des Vertragserben gegen die gesetzlichen Erben auf Herausgabe des Nachlasses gefunden werden, oder in einem sofort mit Abschluß des Erbvertrages wirksam werdenden, auf das Vermögen des anderen Kontrahenten gerichteten Forderungsrechte des Vertragserben mit gewissermaßen dinglicher Wirkung, dessen Geltendmachung nur bis zu einem künftigen Zeitpunkte, dem Todesfalle, hinausgeschoben sei.

„Sodaß er eigentlich dasjenige, was er durch die „Succession zu erlangen hofft, schon hat und ausübt, „oder umgekehrt, die Succession, statt ihm ein Erb„recht zu geben, nur die Beschränkung von einem „besonderen, dinglichen Rechtsverhältnisse abnimmt.“ [2])

Dann müßte man konsequenter Weise aber auch dem Vertragserben die Berechtigung, über dieses Forderungsrecht bereits bei Lebzeiten des anderen Teiles frei zu verfügen, es zu veräußern, zu verschenken oder auf andere Weise einem andern zuzuwenden, einräumen. Das ist selbstverständlich unzulässig, und auch nie behauptet worden. [3])

§ 23.

2) Ist Gegenstand des Erbvertrages die Beerbung?

Doch diese ganze Ansicht ist verfehlt, weil sie sich auf einer irrigen Voraussetzung aufbaut.

Denn, wenn auch gemeinhin allerdings das Resultat eines Vertrages in einer Obligation auf ein dare, facere, praestare besteht, so ist doch selbst in den rein römischen Quellen nirgends gesagt, daß der Inhalt des Vertrages hierauf allein beschränkt bleiben müsse.

---

[1]) Eichhorn a. a. O. § 344 i.
[2]) Beseler a. a. O. S. 249.
[3]) Beseler a. a. O. II S. 253.

„Ungemein kommt hier der Theorie, welche den „wirklich vorhandenen Rechtsstoff rein auffassen und „fügsam bilden soll, die in neuester Zeit lebendig „gewordene Erkenntnis zu Hülfe, daß ein Vertrag „auch vieles andere hervorbringen könne, als eine „obligatio, das heißt, eine persönliche Forderung „auf Leistungen. Hier ist es ein Erbrecht, oder der „Verlust eines Erbrechtes, oder endlich ein Ver„mächtnis, was dadurch erzeugt wird.“ [1])

Es kann sehr wohl aus einem Vertrage auch ein reines absolutes Recht hervorgehen.

Wir meinen, daß selbst im rein römischen Familienrecht im Adoptions- und Arrogationsvertrage Beispiele hierfür zu finden sind.

Der Erbvertrag erzeugt ebenso nur ein Recht, das der Beerbung, das also auch erst — der Natur des Gegenstandes entsprechend — mit dem Tode des Erblassers in volle Wirkung treten und erst dann die Grundlage obligatorischer Rechte werden kann.

Es wird hiernach der Erbe aus dem Vertrage ebenso Erbe, wie der Intestaterbe aus dem Gesetz und der Testamentserbe aus dem Testament. Er hat also aus dem Erbvertrage kein bei Lebzeiten des anderen Kontrahenten in seiner Geltendmachung beschränktes Forderungsrecht auf das Vermögen, erwirbt auch nicht ein Forderungsrecht gegen die Erben, daß ihm der gesamte aktive und passive Nachlaß übertragen werde; er setzt vielmehr aus eigenem, ihm aus dem Erbvertrage entsprungenen Rechte die Person des Erblassers, wie jeder Erbe fort; er wird Gläubiger der Forderungen des Erblassers, Schuldner seiner Schulden, nicht durch Cession, sondern ispo jure aus dem Erbvertrage. Der Erbvertrag tritt somit als neuer Delationsgrund neben Gesetz und Testament in das System des Rechtes ein.

[1]) Hasse, Rheinisches Museum, II S. 200.

Damit haben aber viele sich nicht einverstanden erklären wollen. So Hartmann,[1]) der allerdings auch einsieht, daß durch den Vertrag ein Erbrecht geschaffen wird, der sich aber nicht dazu verstehen will, neben die beiden römischen Delationsgründe noch einen neuen zu stellen, und deshalb auf den Ausweg kommt, den Erbvertrag als ein Testament — das nach ihm den Delationsgrund bilden würde — mit einem ihm angeschlossenen, zweiseitigen Vertrage über den Widerrufsverzicht anzusehen.

Diese Zweiteilung ist, wie Stobbe[2]) mit Recht sagt, unrichtig, denn:

> „Der Erbvertrag erscheint als ein einheitliches „Geschäft, welches seinem ganzen Inhalt nach sich „als zweiseitig ergiebt. Er darf nicht in zwei neben „einander bestehende Rechtsgeschäfte aufgelöst werden. „Der spätere Erbe einigt sich nicht mit dem Erb„lasser, daß dieser seine Erbeinsetzung nicht wider„rufen darf, sondern die beiden Kontrahenten schließen „lediglich einen Vertrag über die künftige Delation „des Erbrechts mit einander ab."

Die Unwiderruflichkeit des ganzen Geschäftes ist eben nicht die Folge eines vertraglichen Verzichtes auf den Widerruf, sondern sie ergiebt sich ganz selbständig aus der Vertragsnatur, die, als eine einzige unteilbare Willensübereinstimmung alle Momente des Erbvertrages als eine Einheit umfaßt. Die Ansicht Hartmann's würde, wie Windscheid[3]) treffend sagt, dahin führen:

> „daß man mit demselben Rechte auch die Tradition „oder den obligatorischen Vertrag zerlegen müßte in: „1. die einseitige Erklärung der Gegner solle „Eigentümer oder Gläubiger werden,

---

[1]) Hartmann a. a. S. 46.
[2]) Stobbe a. a. O. S. 283.
[3]) Windscheid a. a. O. § 529 Anm 3 cit.

„2. den vertragsmäßigen Verzicht auf den Widerruf „dieser Erklärung."

§ 24.

3) Erzeugt der Erbvertrag Singular- oder Universal-Succession?

Aus vorerwähnten Grundsätzen ergiebt sich ferner auch, daß der Erbvertrag, ebenso wie Gesetz und Testament, eine Universal-, nicht Singularsuccession begründet. Und dies ist auch richtig, denn die eine scheinbare — wenigstens von vielen Schriftstellern als solche aufgefaßte — Ausnahme, der Erbvermächtnisvertrag, bildet in Wirklichkeit eine Abweichung von diesem Prinzip nicht. Denn bei ihm wird der Bedachte nicht Erbe der zugewendeten Sache, sondern lediglich Vermächtnisnehmer, und er steht als solcher dem Legator aus einem Testamente vollständig gleich. Doch kommen wir auf diesen Punkt noch in der gesonderten Besprechung des Vermächtnisvertrages zurück.

§ 25.

4) Gilt beim Erbvertrage die Regel „nemo pro parte testatus . . ."?

Dagegen ist der Satz:

„Nemo pro parte testatus, pro parte instestatus „decedere potest",

der ja im gemeinen Rechte überhaubt nicht mehr unbeschränkt gilt, auch beim Erbvertrage nicht mehr in unbeschränkter Geltung.

Beim Zusammentreffen von Erbvertrag und Testament glauben wir uns unbedenklich den Ausführungen Mühlenbruch's [1]) anschließen zu dürfen, denen auch Beseler folgt, und die ihrem Resultate nach auch die gemeine Meinung für sich haben. Dieselben führen zu dem Ergebnisse, daß eine

[1]) Mühlenbruch in Glücks Kommentar Bd. 38. S. 248.

gleichzeitige Beerbung aus einem Testamente und einem Erbvertrage sehr wohl möglich sei, da:

„beide Geschäfte durch ihre Übereinstimmung in „ihrem letzten Zwecke hier fast dieselbe Stellung zu „einander bekommen, wie zwei verschiedene Testa„mente, aus denen eine direkte Erbfolge deferiert „wird." [1])

Letzteres ist aber sehr wohl möglich. [2])

Für die heute nicht wohl mehr anzuzweifelnde Zulässigkeit einer Konkurrenz von Erbvertrag und gesetzlicher Beerbung freilich wird sich wohl kaum ein anderer Grund als die gemeine Meinung in Theorie und Praxis anführen lassen, auf die allein auch Beseler sich beruft. [3])

IV. Stellung des Erbvertrages in Bezug auf Legate und das Noterbenrecht.

§ 26.

1) Vertragserbe und Legatar.

Wie der Vertragserbe dem Testamentserben im allgemeinen gleichzuachten ist, so ergiebt sich für ihn auch im besonderen bezüglich der im Erbvertrage ausgesetzten Legate eine analoge Stellung. Seine Verpflichtung den Legataren gegenüber und deren Rechte gegen ihn sind genau dieselben, wie die der Testamentserben gegen die Testamentslegatare.

Daraus aber wieder folgt, daß auch der Vertragserbe gegen die Legatare dieselben Rechte haben muß, wie der Testamentserbe.

Unbestritten ist [4]), daß er, um der Haftung mit seinem eigenen Vermögen zu entgehen, die Erbschaft cum beneficio inventarii antreten kann, zumal dies, wie Beseler [5]) mit

---

[1]) Beseler a. a. O. II S. 279.
[2]) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 83.
[3]) Beseler a. a. O. II S. 279.
[4]) Stobbe a. a. O. S. 293.
[5]) Beseler a. a. O. II S. 275 — Ebenso A. L. R. I, 12 § 641.

Recht sagt, ein allgemeines Rechtsinstitut ist. Ebenso ist dem Vertragserben aber wohl auch das Recht auf die Quarta Falcidia und Trebelliana zuzuerkennen.

Hiergegen freilich sprechen sich v. Gerber [1]) und Beseler [2]) aus;

„denn dem Vertragserben können Vermächtnisse und „Restitutionen nur mit seiner Einwilligung auferlegt „werden: ist er dadurch mehr erschwert worden, als „die Regel des römischen Rechtes es für die testa„mentarische Succession gestattet, so hat er es sich „selbst zuzuschreiben und kann auf eine Rechtswohl„that, die für ganz andere Verhältnisse gegeben ist, „keinen Anspruch machen." [3])

Diese Deduktion ist bereits durch Albrecht [4]) und Hartmann [5]), deren Ausführungen wir uns unbedingt anschließen müssen, widerlegt. Wer einen Erbvertrag schließt, kann zwar günstigsten Falles zur Zeit des Vertragsabschlusses beurteilen, in welchem Verhältnisse die ihm auferlegten Legate oder sonstigen Verfügungen zum gesamten Vermögen stehen; nicht aber kann er beurtheilen, wie dies Verhältnis sich zur Zeit des Erbanfalls gestalten wird. Einen Verzicht auf die Geltendmachung der Quart kann man daher nur dann annehmen, wenn er ausdrücklich im Erbvertrage ausgesprochen worden ist.

§ 27.

2) Vertragserbrecht und Noterbrecht.

Auch die Bestimmungen des Noterbenrechtes müssen dem Vertragserben gegenüber in derselben Weise Anwendung finden, wie gegenüber dem Testamentserben.

---

[1]) v. Gerber a. a. O. § 259, besonders Anm. 6.
[2]) Beseler a. a. O. II S. 277.
[3]) Beseler a. a. O II S 277.
[4]) Albrecht a. a. O. II S. 339.
[5]) Hartmann a. a. O. S. 61 Anm. 4. — Ebenso Stobbe a. a. O. § 311.

Es ist nicht ersichtlich, wie Beseler [1]) und Albrecht [2]) bereits zutreffend ausgeführt haben, warum man den Noterben dem Vertragserben gegenüber schlechter stellen sollte, als dem Testamentserben gegenüber. Es ist dem Noterben auch hier, falls er ganz übergangen, die querela inofficiosi testamenti mit der Wirkung der Ruption des Erbvertrages zuzubilligen.

Von neueren Schriftstellern kommt Eichhorn [3]) auf Grund seiner von der unseren abweichenden Anschauung über die geschichtliche Entwickelung und das Wesen des Erbvertrages zu einem entgegengesetzten Resultat.

Von den älteren nennen wir nur Hommel: [4])

„Liberis ultra legitimae petitionem nil „reliquum".

Ist dagegen der Vertragserbe selbst, als gleichzeitiger Noterbe, in seinem Pflichtteilsrechte verkürzt, so stehen ihm naturgemäß keinerlei Rechtsmittel zur Verfügung,

„denn erhält er gar nichts, so liegt zwischen ihm „und dem Erblasser ein Enterbungsvertrag oder „Erbverzicht vor; . . . . wird er zwar Erbe, erhält „aber durch diesen Vertrag weniger, als sein Pflicht„teil, so hat er durch seine Annahmeerklärung die „Erbeinsetzung in der gegebenen Weise gebilligt „und damit selbstverständlich auf ein weitergehendes „Recht verzichtet." [5])

Auch ergiebt sich in diesem Falle aus Analogie testamentarischer Bestimmungen, daß er nicht die Erbschaft aus dem Vertrage ausschlagen darf, um sie aus dem Gesetze anzutreten [6]) — und zwar ist ihm diese Möglichkeit hier noch

---

[1]) Beseler a. a. O. II S. 294.
[2]) Albrecht a. a. O S. 338.
[3]) Eichhorn, Deutsches Privatrecht, § 343 sub II.
[4]) Hommelii Rhapsodia, Observatio C. C. III.
[5]) Kahlert, Form der Erbverträge, § 10.
[6]) Beseler a. a. O. II S. 276. — Anders Mittermaier a. a. O. § 454 sub XVI.

viel weniger, als beim Testament einzuräumen, „da er doch schon selbst in eine Veränderung seines Erbrechts einwilligte“ — besonders, wenn er sich dadurch der Erfüllung der ihm im Erbvertrage auferlegten Verpflichtungen entziehen würde. [1])

Albrecht [2]) wirft weiterhin die Frage auf, ob ein Noterbe durch einen nicht von ihm selbst eingegangenen Erbvertrag in seinem Pflichtteilsrechte verkürzt werden dürfe.

Dieser Fall ist wohl denkbar, und es wird am klarsten sein, wenn man ihn sich an einem praktischen Beispiele vergegenwärtigt:

A verstirbt mit Hinterlassung von 5 Noterben, der Nachlaß repräsentiert einen Wert von 10000; in diesem Falle beträgt die Intestatportion 2000 und der Pflichtteil bei 5 Erben die Hälfte, also 1000.

Fällt nun einer der Noterben dadurch fort, daß er dem ihm zustehenden Rechte durch Erbverzicht entsagt, während gleichzeitig ein dritter durch Erbeinsetzung zum Erben des gesamten Nachlasses ernannt wird, so würde, wenn man das legitimum nach der Zahl der thatsächlich nun noch als Noterben in Frage kommenden Personen berechnete — nämlich vier — der Pflichtteil ein Drittel der jetzigen Intestatportion ausmachen, also: $\frac{2500}{3} = 833{,}3$.

Man braucht nun aber diese ganze Frage, die darauf hinausgeht, ob durch ein pactum inter alios gestum dritte, hier also die vier Noterben, in ihren gesetzlichen Rechten verkürzt werden können, nicht zu erörtern, wenn man mit uns annimmt, daß das Noterbenrecht nicht nur in seiner Existenz, sondern auch in seiner thatsächlichen Ausdehnung in jedem einzelnen Falle etwas ganz positiv fest Bestimmtes und Begrenztes ist, daß es nämlich lediglich von der Zahl derer abhängt, denen das Gesetz ein Noterbenrecht zusichert, und

[1]) Stobbe a. a. O. S. 292.
[2]) Albrecht a. a. O. S. 349.

daß es darum nicht nur in seiner Existenz, sondern auch in seinem thatsächlichen Umfange von privaten Abmachungen nicht tangiert werden kann. Im vorliegenden Falle würde also der Umfang des Noterbenrechtes durch die Fünfzahl der vom Gesetz Berufenen ein für allemal bestimmt sein, ohne Rücksicht darauf, ob der eine oder der andere von ihnen auf die thatsächliche Ausübung seines Noterbenrechtes verzichtet.

V. Antretung der Erbschaft.

§ 28.

Aus der Ansicht, die wir über den Gegenstand des Erbvertrages entwickelten, daß es sich nämlich hierbei um Aufgeben oder Gewinnen eines Erbrechtes handle, ergiebt sich auch die Stellung, die wir zu der vielumstrittenen Frage einnehmen müssen, ob es für den Erwerb der Erbschaft einer ausdrücklichen Antretung bedarf oder nicht.

Wir meinen, daß hierin der Erbvertrag, als gewillkürte Erbfolge, dem Testamente völlig gleich zu achten sei, mithin auch dieselben Vorschriften für ihn wie für dieses Anwendung finden müssen. [1])

> „Wo also der Satz gilt: „Der Todte erbt den „Lebendigen", wird der Bedachte, sei es allgemein, „sei es der suus heres, zufolge des Todes des „Erblassers Erbe; wo aber jenes Prinzip nicht gilt, „bedarf es für den Bedachten der besonderen An„tretung, um Erbe zu werden. Denn im Vertrage „hat der Bedachte sich nur dahin erklärt, daß er „das Recht, Erbe zu werden, annehme, nicht aber, „daß er im Falle der Delation auch Erbe werden „wolle."

[1]) Ebenso Beseler a. a. O. II S. 271 ff.; Albrecht a. a. O. S. 337; Stobbe a. a. O. S. 292; Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch, § 2549.

Eichhorn [1]) kommt in Konsequenz seiner bereits oben widerlegten Ansicht, daß der Erbvertrag ein von einer Suspensivbedingung abhängiges Forderungsrecht erzeuge, zu dem Resultat, daß bei Eintreten der Bedingung — dem Todesfalle — aus dem bedingten Rechte ein unbedingtes werde. Von der Frage eines Erbschaftsantrittes kann bei dieser Ansicht natürlich nicht die Rede sein, vielmehr nur von der durch Existentwerden einer Suspensivbedingung ermöglichten Geltendmachung eines Forderungsrechtes.

Auch Mittermaier's [2]) Standpunkt, wonach bereits in dem Abschlusse des Erbvertrages eine anticipierte Antrittserklärung zu finden sei, können wir nicht billigen. Diese Ansicht würde in ihren Konsequenzen dazu führen, daß der Erbe zum Uebernehmen der Erbschaft gezwungen wäre.

VI. Transmission.

§ 29.

Auch die Streitfrage, ob der Vertragserbe, der vor seinem Mitkontrahenten verstirbt, die aus dem Vertrage erworbenen Rechte auf seine Erben transmittiere, erledigt sich für uns, wenn wir daran festhalten, daß der Erbvertrag nur ein Erbrecht erzeugt und daß dies Recht bei Lebzeiten des Erblassers noch kein positiv wirksames ist, vielmehr erst durch Delation und Antretung Vermögensteil wird. Die Antwort kann dann nur lauten: „hereditas non adita non transmittitur".

Übrigens haben auch bereits Bülow und Hagemann [3]) mit Recht darauf hingewiesen, daß eine solche Transmission des Erbrechtes auf die Erben des Vertragserben nur wenig den Intentionen des Erblassers entsprechen werde, da man bei Erwägung dieser Frage doch nicht allein an die Kinder

---

[1]) Eichhorn a. a. O. § 344 i.
[2]) Mittermaier a. a. O. § 454.
[3]) Bülow und Hagemann a. a. O. IV N. 71.

des Vertragserben denken dürfe, höchstens bei diesen aber eine Transmission als der Absicht des Erblassers entsprechend anzusehen sei.

Man müßte dann also die Transmission auch auf die Descendenten des Erben beschränken, wie es das französische Recht thatsächlich thut. [1])

Für unberechtigt und vor allem in der Praxis unanwendbar halten wir dagegen die Ansicht Bülow und Hagemann's [2]), der sich auch Eichhorn [3]) angeschlossen hat, daß es quaestio facti in jedem einzelnen Falle sei, ob die Transmission als beabsichtigt oder nicht beabsichtigt anzusehen sei. Vielmehr meinen wir, daß, wenn ein Übergang des Rechtes aus einem Erbvertrage an die Erben des Vertragserben gewünscht wird, dies auch ausdrücklich im Vertrage ausgesprochen sein muß. [4]) In diesem Falle sind dann allerdings die Erben einfache Substituten und werden Erben aus eigenem Vertragsrechte, nicht aus dem ihres Rechtsvorgängers.

Die meisten neuen Partikulargesetze stehen auf diesem Standpunkte. [5])

VII. Accrescenz.

§ 30.

Es bleibt endlich noch die Frage zu erörtern, ob, wenn von zwei Vertragserben der eine verstirbt, seine Portion dem

---

[1]) Code civil, Art. 1082.

[2]) Bülow und Hagemann a. a. O. IV N. 71.

[3]) Eichhorn a. a. O § 344.

[4]) Dagegen Mittermaier a. a. O. § 454 N. 17: „Allein der Grund, daß der Vertragserbe schon ein gegenwärtiges Recht erwirbt, und daß dem deutschen Rechte, das hier entscheiden muß, die Transmission entspricht, rechtfertigen die Annahme derselben." Die Prämissen dieser Deduktion entsprechen jedoch nicht den von uns oben in den Abschnitten über „Geschichte" und „Wesen" vertretenen Anschauungen.

[5]) Preußisches Allgemeines Landrecht I, 12 § 631 Der Inhalt dieses Paragraphen ist recht bestritten, doch glauben wir mit Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht IV S. 300 Anm. 28, vorerwähnte Ansicht aus dem Sinne dieses Paragraphen, besonders in Verbindung mit § 632, entnehmen zu müssen. — Ferner Österreichisches Bürgerliches Gesetzbuch § 1252.

andern accrescierte, oder ob Intestaterbfolge in sie eröffnet werden muß.

Da für die Begründung des römischen Accrescenzrechtes bei Testamenten unseres Erachtens lediglich die Regel: „nemo pro parte . . .“ bestimmend gewesen ist, diese aber, wie oben dargethan, beim Erbvertrage nicht als geltend angesehen werden darf, so scheint uns, daß diese Frage nur dahin beantwortet werden kann, daß beim Erbvertrage Accrescenz der Erbportionen im Falle des Vorversterbens eines oder mehrerer Vertragserben nicht eintritt. [1])

Beseler [2]) hält die Beantwortung dieser Frage für quaestio facti. Der Richter habe in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, ob es der Absicht der Parteien entsprochen habe, bei Fortfall des einen Vertragserben den andern, statt der gesetzlichen Erben, für ihn eintreten zu lassen.

Die praktischen Bedenken und die Schwierigkeiten, die sich hierbei für die richterliche Beurteilung bieten, deutet übrigens Beseler [3]) selbst an:

> „Ein streng juristischer Beweis darf übrigens
> „für eine solche Absicht der Parteien wohl nicht
> „verlangt werden; es müssen die Umstände jedoch
> „auch wiederum so entschieden dafür sprechen, daß
> „man sich getrauen kann, gegen die Regel auf den
> „Vorzug des Vertragserben zu erkennen.“

Beseler steht übrigens, wie schon aus den angeführten Worten hervorgeht, daß ein solches Verfahren „gegen die Regel“ sei, nämlich gegen die Regel, daß die frei gewordene Portion nicht accrescierе, sondern in sie Intestaterbfolge er-

---

[1]) Das Preußische Allgemeine Landrecht entscheidet sich in dieser Frage übrigens merkwürdigerweise für Accrescenz, trotzdem es den Satz: „nemo pro parte . . .“ beim Erbvertrage nicht anerkennt. A. L. R. I, 12 § 645: „Auch bei der Erbfolge aus Verträgen findet das Recht des Zuwachses statt.“

[2]) Beseler a. a. O. II S. 280—286.

[3]) Beseler a. a. O. II S. 285.

öffnet werde, im allgemeinen auf unserem Standpunkte. Es ist aber auch nicht ersichtlich, warum man dem Richter zumuten will, sich in jedem einzelnen Falle in weitläufige und schwer zu entscheidende Untersuchungen über die Absicht der Parteien einzulassen, da diesen ja doch frei stand, wenn sie Accrescenz wünschten, dies im Erbvertrage entweder auszusprechen oder durch Substitutionen dafür zu sorgen.

VIII. Form.

§ 31.

Gar bestritten ist, besonders auf Grund der verschiedenen Meinungen über die geschichtliche Entwickelung unseres Institutes, die Frage, ob und inwieweit es an bestimmte Formen gebunden ist.

Eichhorn, der den Erbvertrag direkt und allein auf die alten Vergabungen von Todes wegen zurückführen will, und für diese als formales Erfordernis die Uebergabe einer Urkunde [hantfeste] als ausreichend ansieht, verlangt auch für Erbverträge die schriftliche Form [1]). Da wir es jedoch nicht als hinreichend begründet ansehen können, daß für die Vergabungen jemals die bloße Übergabe einer Urkunde genügt habe, so müßte man schon in Anlehnung an das ältere deutsche Recht die Form gerichtlicher Auflassung verlangen. Diese aber würde dem Vertragserben ein dingliches Recht an den Sachen selbst statuieren, was wiederum mit dem Wesen des ganzen Institutes nicht in Einklang zu bringen ist, welches doch lediglich ein Recht auf die Beerbung gewährt. Eichhorn steht denn auch mit seiner Ausführung ganz vereinzelt da.

Zu dem gleichen Resultate gelangt aber außer ihm noch Walter [2]), der für die vertragsmäßige Erbeseinsetzung „auf

[1]) Eichhorn, Deutsches Privatrecht, § 342.
[2]) Walter, Deutsches Privatrecht, § 431 sub 4.

Grund der seit ihrer Entstehung ununterbrochenen Praxis" (!) mindestens schriftliche Errichtung verlangt.

Diese unterbrochene Praxis wird uns Walter indessen schwerlich darthun können. Vielmehr sind jederzeit in der Praxis auch mündliche Erbverträge errichtet und von den Gerichtshöfen als vollgültige Erbverträge behandelt worden. Wir verweisen in dieser Beziehung nur auf die in Seuffert's Archiv aufgeführten Beispiele. [1])

Hartmann [2]) kommt in Konsequenz seiner allgemeinen Auffassung vom Erbvertrage, den er sich aus einem Testament und einem daran angeschlossenen Widerrufsverzicht bestehend denkt, notgedrungen dazu, auch für Erbverträge Testamentsform zu verlangen; doch konnten wir uns, wie oben dargethan, dieser Prämisse nicht anschließen und müssen darum auch die daraus gezogenen Folgerungen von uns weisen.

Bluntschli [3]) verlangt für den Erbeinsetzungsvertrag gerichtliche oder testamentarische Form, indem er diese als ein wesentliches formales Requisit jeglicher gewillkürter Erbfolge ansieht:

> „Alle Gründe, welche für die Notwendigkeit
> „einer sorgfältigen und sicheren Form der Testamente
> „sprechen, haben kein geringeres Gewicht, wenn die
> „Form der Erbeinsetzungsverträge in Frage steht."

Für diese Ansicht scheint auf den ersten Blick manches zu sprechen; aber man darf nicht vergessen, daß die Vorschriften über die Formen des Testamentes auf positiven Rechtsnormen und zwingenden gesetzlichen Bestimmungen beruhen. Diese Bestimmungen sind ja zweifellos erst in Erwägung aller jener für die Notwendigkeit einer Form sprechenden Gründe vom Gesetzgeber geschaffen worden. Die Gründe selbst aber können doch keine Form erzwingen. Das

[1]) Seuffert's Archiv, VIII N. 152.
[2]) Hartmann a. a. O. S. 47.
[3]) Bluntschli a. a. O. § 241 N. 2.

kann allein Gesetz oder Gewohnheitsrecht. Und der Nachweis, daß ein solches Gesetz oder Gewohnheitsrecht auch im Gebiete des gemeinen Rechts den Erbvertrag in bestimmte Formen zwänge, hat auch Bluntschli nicht erbracht.

So müssen wir uns denn schon der herrschenden Ansicht anschließen, die für Erbverträge gar keine Form vorschreibt. Wir erkennen dabei gern das Widersinnige und, wie Hasse [1]) sagt, „Monstrose" an, das darin liegt, daß frei widerrufliche Testamente an strenge Formen geknüpft sind, während der absolut bindende Erbvertrag völlig formlos ist.

Auch darin geben wir Hasse völlig Recht, daß es Pflicht des Richters ist, das Versprechen, jemand zu seinem Erben einsetzen zu wollen, das bloße „pactum de contrahendo" nach Analogie von

l. 24 D. de testamento militis

streng von wahren Erbverträgen zu unterscheiden, und

„einen bindenden Vertrag niemals in reinem Zweifel,
„sondern nur da anzunehmen, wo sich juristische
„Gewißheit darüber erlangen läßt, daß Gebunden-
„sein in der Absicht lag." [2])

IX. Verfügungsbefugnis und Anfechtung von Handlungen des Erblassers.

§ 32.

Da der Erbvertrag lediglich ein erst in Zukunft wirksames Erb- beziehungsweise Vermächtnisrecht begründet, steht dem aus ihm Berechtigten bei Lebzeiten des Promittenten ein Einfluß auf die Handlungen desselben nicht zu. Der Promittent ist in seinem Verfügungsrechte über sein Vermögen, und zwar

[1]) Hasse a. a. O. S. 191.
[2]) Anders Hartmann a. a. O. S. 47 Anm. 3.

unbedingt soweit es Verfügungen unter Lebenden betrifft, in keiner Weise beschränkt. [1])

„Eine unmittelbare Einwirkung auf das Ver-
„mögen kann er — sc. der Erbe — daher erst
„nach dem Tode des Erblassers für sich in Anspruch
„nehmen; bis dahin bleibt dieser der Herr des-
„selben." [2])

Vertragserbe und Vermächtnisnehmer sind also machtlos gegenüber dem Erblasser, wenn dieser sein Vermögen durch große Ausgaben vermindert oder durch gewagte Spekulationen und Liberalitäten erschöpft, so daß es leicht vorkommen kann, daß sie statt der erhofften Glücksgüter nur einen mit Schulden überlasteten Nachlaß vorfinden.

Zwar ist es allgemein anerkannt, daß der Vertragserbe berechtigt ist, falls der künftige Erblasser einen eingewurzelten Hang zum leichtsinnigen Vergeuden seines Vermögens zeigt, den Antrag auf Entmündigung zu stellen [3]); doch wird ihm dies in der Regel wenig Vorteil bringen, da der Entmündigungsbeschluß zwar die Handlungsfähigkeit des Erblassers für die Zukunft beschränkt, nicht aber die vorher abgeschlossenen, den Erben schädigenden Geschäfte nichtig macht.

Auch in Verfügungen von Todes wegen ist der Erblasser durch den Erbvertrag an sich nicht beschränkt, nur dürfen sie natürlich nicht mit den Bestimmungen des Vertrages selbst in direktem Widerspruch stehen — also nicht etwa an Stelle des Vertragserben eine neue Erbeinsetzung enthalten oder bezüglich einer Sache, über welche im Vermächtnisvertrage verfügt ist, anderweitige Bestimmungen treffen.

---

[1]) Abicht, Ein Beitrag zur Lehre vom Erbvertrag. S. 11 ff; Stobbe a. a. O. S. 289; Beseler a. a. O. II S. 257; Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch § 2548; Österreichisches Bürgerliches Gesetzbuch § 1252; Preußisches Allgemeines Landrecht I, 12 § 624

[2]) Beseler a. a. O. II S. 257.

[3]) Stobbe a. a. O. S. 290; Gengler, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, § 257 S. 1497; Mittermaier a. a. O. § 454 sub VII.

In diesem Falle sind die dem Erbvertrage zuwider getroffenen Verfügungen von Todes wegen ungültig und gewinnen nur Kraft, wenn der Erbvertrag nicht in Wirkung tritt.

Bestritten ist es, ob dem Erblasser die Möglichkeit gegeben ist, durch donationes mortis causa über sein Vermögen zu verfügen.

Die ältere Theorie, der auch Albrecht [1]), Hartmann [2]), Eichhorn [3]) und Buddeus [4]) beistimmen, hält derartige donationes unbedingt für unzulässig, während Mittermaier [5]) sie für gültig hält, wenn sie mit sofortiger Tradition verbunden sind.

Beseler [6]), und mit ihm ein großer Teil der neueren Schriftsteller erklärt die donationes mortis causa beim Erbvertrage unbedingt für statthaft. Diese letztere Ansicht ist die zutreffende, denn Schenkungen von Todes wegen stellen Zuwendungen aus dem gegenwärtigen Vermögen des Schenkers dar, und über dieses ist der Schenker frei zu verfügen beberechtigt. [7])

> „Nun zeigt sich das Wesen der mortis causa
> „donatio im Gegensatz zum Vermächtnis gerade
> „darin, daß sie unabhängig von der Beerbung aus
> „dem Nachlaß herausgeht. Es liegt also in einer
> „solchen Zuwendung kein direkter Angriff gegen das
> „vertragsmäßig bestellte Erbrecht, und sie kann daher
> „auch nur dann für unstatthaft gehalten werden,
> „wenn eine Beeinträchtigung des Vertragserben durch
> „sie bewirkt werden sollte.“ [8])

---

[1]) Albrecht a. a. O. S. 340.
[2]) Hartmann a. a. O. S. 56, 57.
[3]) Eichhorn a a O § 344 Nr. e.
[4]) Buddeus a. a. O. S. 44.
[5]) Mittermaier a. a. O. § 574 Nr. e.
[6]) Beseler a. a. O. II S. 261 ff.
[7]) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 29 Nr. 44, Bd. 40 Nr. 216.
[8]) Beseler a. a O. II S. 261 f.

Der Erblasser ist also zu seinen Lebzeiten in seiner Verfügungsbefugnis über sein Vermögen völlig unbeschränkt.

Erst nach seinem Tode und nach der Antretung der Erbschaft ist es dem Vertragserben möglich, gegen die ihn schädigenden Handlungen seines Erblassers zu reagieren. Hier versteht es sich von selbst, daß ihn das Recht gegen dolose Handlungen seines Erblassers schützen muß, denn die Wahrung der bona fides liegt, wie im Wesen eines jeden Vertrages, so auch in dem des Erbvertrages.

„Außerdem muß man aber festhalten, daß das „Geschäft, welches einer vertragsmäßigen Erbes„einsetzung zum Grunde liegt, der Vertrag ist, dessen „innerste Natur jetzt allgemein die Berücksichtigung „der bona fides verlangt . . . . ." „Daraus folgt, „daß der im Vertrage eingesetzte Erbe jede Ver„fügung des Erblassers anfechten kann oder nicht „anzuerkennen braucht, welche darauf ausging, ihn „in dem eingeräumten Rechte zu beeinträchtigen; „denn das wäre dolus. Jede Verfügung also, bei „der der Erblasser in dolo war, und namentlich „jede Schenkung, die hauptsächlich in der Absicht „geschah, dem Vertragserben seinen Vorteil zu ent„ziehen, wenn auch nebenbei der Beschenkte dadurch „begünstigt werden sollte, — ist unstatthaft und „widerrechtlich." [1])

Freilich muß der Vertragserbe, wenn er Handlungen seines Erblassers mit Erfolg anfechten will, dem dritten, der aus

[1]) Beseler a. a. O. II S. 260.
Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich. § 2287: „Hat der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu be„einträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann der „Vertragserbe, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist, „von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach „den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten „Bereicherung fordern." In gleichem Sinne auch § 2288 bezüglich des Vermächtnisnehmers aus einem Erbvertrage.

ihnen Vorteile gezogen, die Kenntnis von dem dolosen Verhalten des Erblassers nachweisen, denn gutgläubige Erwerber sollen und können durch den Erbvertrag in ihren Rechten nicht beeinträchtigt werden.

Es genügt aber, wenn der Vertragserbe, der von einem beabsichtigten, seine Rechte schädigenden Geschäfte Kenntniß erhalten, dem dritten davon Mitteilung macht, daß er dies Geschäft, falls es zu stande komme, als in fraudem des Erbvertrages geschlossen ansehen werde.[1]) Der dritte kann sich dann nicht mehr auf seine bona fides berufen.

Diejenigen, die aus einem rein lukrativen Titel Vermögensstücke von dem Erblasser erworben haben, müssen dagegen in jedem Falle in Gemäßheit der l. 4 § 29 D. de doli mali et metus exceptione 44,4 für dessen doloses Verhalten einstehen und sind, auch wenn sie selbst bona fide gehandelt haben, zur Herausgabe der Bereicherung verpflichtet.

X. Arten.

§ 33.

1) Erbeinsetzungsvertrag.

Die Erbverträge im allgemeinen scheiden sich in die acquisitiven Erbeinsetzungsverträge oder Erbverträge im engeren Sinne, in renunciative oder Erbverzichte, und ferner in die vielfach als singuläre oder partikuläre Erbeinsetzungsverträge bezeichneten Vermächtnisverträge.

Die weitgehendste praktische Ausdehnung von allen hat der Erbeinsetzungsvertrag, das heißt der Vertrag, inhaltlich dessen ein Erbrecht konstituiert wird, gefunden.

Die gewöhnlichen Fälle sind die, daß der eine Kontrahent den andern oder beide sich gegenseitig zu Erben einsetzen; doch kann auch dergestalt kontrahiert werden, daß ein dritter, der diesem Vertrage nicht beitritt, zum Erben des einen oder

[1]) Beseler a. a. O. II S. 266.

beider eingesetzt wird — nach Hasse sogenannter dispositiver Erbvertrag.

Auch kann ferner mit dem Erbeinsetzungsvertrage die Bestimmung verbunden sein, daß der Vertragserbe den Nachlaß sofort oder zu einem bestimmten zukünftigen Zeitpunkte oder bei Eintreten einer bestimmten Voraussetzung an einen dritten herauszugeben habe, so daß er also nur fideikommissarisch eingesetzt ist — sogenannter restitutiver oder nach Eichhorn[1]) devolutiver Erbvertrag, oder, wie Hasse[2]) sagt: Universalfideikomniß durch Vertrag.

Man hat diese beiden Fälle, in denen ein dritter den Nachlaß erhalten soll, vielfach nach den Vorschriften über Verträge zu Gunsten dritter behandeln wollen,[3]) doch ist die Anwendbarkeit dieser Vorschriften sehr zweifelhaft und bestritten.[4])

An der Zulässigkeit solcher Bestimmungen überhaupt ist aber wohl nicht zu zweifeln, denn es ist nicht ersichtlich, warum, wenn man den Erbeinsetzungsvertrag überhaupt als einen Delationsgrund gewillkürter Erbfolge zuläßt, solche beim Testament übliche Beschränkungen des Erben bei ihm ausgeschlossen sein sollten. Einfacher ist natürlich die Beurteilung des Geschäfts, wenn der dritte, wie dies meistens auch der Fall ist, dem Vertrage selbst beitritt, da er dann ja aus eigenem Vertragsrechte zur Erbschaft berufen wird.

Oft kommen die Erbeinsetzungsverträge in Verbindung mit den sogenannten Eheverträgen vor, die das Güterrecht der Eheleute während der Ehe ordnen, wenn nämlich die Ehegatten im Anschluß hieran Bestimmungen über ihr gegenseitiges Erbrecht, besonders im Falle kinderloser Ehe, treffen.

Weiterhin ist der Erbeinsetzungsvertrag eine häufige Erscheinung in unserem niederen Adel und im Bauernstande, hier meist in Verbindung mit Erbverzichten jüngerer Ge-

[1]) Eichhorn a. a. O. § 343.
[2]) Hasse a. a. O II. S. 153.
[3]) So Beseler a. a. O. II S. 71 ff.
[4]) Hartmann a. a. O. S. 40; Kahlert a. a. O. S. 10.

schwister, da die aus praktischen Rücksichten beschränkte Teilbarkeit der Bauernhöfe und beim Adel das Bestreben, den Glanz der Familie wenigstens in einem Gliede voll und ganz aufrecht zu erhalten, eine einseitige Bevorzugung einzelner Descendenten gebieten.

Spezielle Anwendung hat ferner der Erbeinsetzungsvertrag noch in den sogenannten „Einkindschaftsverträgen" gefunden — das heißt: Verträgen, durch die den Vorkindern eines oder beider Ehegatten, die zu einer zweiten Ehe schreiten, ein gleiches Erbrecht mit den etwa noch aus der neuen Ehe entsprießenden Kindern an dem Nachlaß der Eltern zugesichert wird; — sowie endlich in den früher häufigen Erbverbrüderungen des hohen Adels, in denen zwei regierende Familien, für den Fall des Aussterbens einer, sich gegenseitiges Successionsrecht in ihre Territorien einräumen.

§ 34.

2) Erbverzicht.

Der Erbvertrag kann, wie schon oben gesagt, nicht allein ein Erbrecht begründen, er kann es auch nehmen. Dann heißt er renunciativer Erbvertrag oder Erbverzicht.[1])

Auch der Erbverzicht wirkt also direkt auf die Erbfolge, und es wird nicht etwa nur, wie früher irriger Weise angenommen wurde, der natürliche Erbe „ope exceptionis" obligatorisch verpflichtet, eine später ihm zufallende Erbschaft herauszugeben.[2])

Ein solcher Erbverzicht erfolgt entweder ausdrücklich zu Gunsten einer oder mehrerer bestimmter Personen und bleibt alsdann, falls diese Personen, hinter die der ursprüngliche Erbe zurücktritt, den Erbanfall nicht erleben, völlig ohne

[1]) Beseler a. a. O. III S. 233; Gerber a. a. O. S. 501; Stobbe a. a. O. S. 302 ff; Albrecht a. a. O. S. 347 ff.

[2]) Anders Hartmann a. a. O. S. 67 Note 1, der eine gemeinrechtliche Gültigkeit des Erbverzichtes überhaupt nicht anerkennt.

Wirkung, oder er ist ganz allgemein gehalten, indem der Erbberechtigte überhaupt und unter allen Umständen darauf verzichtet, Erbe zu werden. Regelmäßig wird nur auf ein Intestaterbrecht verzichtet werden, da eine gewillkürte Erbfolge auf andere Weise leichter beseitigt werden kann, doch liegt ein Grund nicht vor, theoretisch die Anwendbarkeit des Erbverzichtes auf die Intestaterbfolge zu beschränken.

Es ist bereits eingehend über die Form des Erbvertrages im allgemeinen gesprochen worden. Über die Form des Erbverzichtes herrschen dieselben Meinungsverschiedenheiten, wie bei den anderen Arten der Erbverträge; die herrschende Meinung erkennt auch hier die Formlosigkeit an. Zwar wurde nach kanonischem Rechte ausdrücklich eidliche Bestärkung verlangt.

cap. 2 de pactis in VI^{o} I, 18:

„Quamvis pactum patri factum a filia, dum „nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum ad „bona paterna regressum haberet, improbet lex „civilis. Si tamen iuramento non vi nec dolo „praestito firmatum fuerit, ab eadem omnino „servari debebit."

Doch muß man von diesem Erfordernis absehen, da der Gedanke des kanonischen Rechtes, daß an sich unwirksame Geschäfte durch Eid zu gültigen gemacht werden können, im gemeinen Rechte überhaupt keine Aufnahme gefunden hat.

Die bestrittenste und schwierigste Frage auf diesem Gebiete ist die, ob, im Falle der Verzichtende vor dem Erblasser verstirbt, seine Descendenten an den Verzicht gebunden sind.

Ältere Autoren [1]) bejahen dies für den Fall, daß die Descendenten Erben des Verzichtenden geworden sind; auch das preußische Landrecht steht auf diesem Standpunkt. [2])

---

[1]) So Hommel a. a. O. Rh. 55.

[2]) A. L. R. II, 2 § 358: „Sind aber die Kinder, welche dergleichen Vertrag geschlossen haben, vor wirklich eingetretenem Erbanfalle verstorben, so sind deren Descendenten nur soweit, als sie ihrer Eltern Erben geworden, an den Vertrag gebunden."

Wieder andere halten die Nachkommen überhaupt und unter allen Umständen an den Verzicht ihrer Ascendenten gebunden. Dieser Ansicht folgen:

Codex Maximilianeus Bavaricus III, 11 § 3 Nr. 4;

Österreichisches Bürgerliches Gesetzbuch § 551 [1]), und auch das neue

Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich. [2])

Wenig geeignet, die prinzipiellen Schwierigkeiten dieser Streitfrage zu beseitigen, ist der Ausweg des sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs, das den Verzicht dann als auch für die Erben verbindlich ansieht, wenn der Verzichtende ihn ausdrücklich für sich und seine Erben erklärt hat. [3])

Die herrschende und jetzt fast allgemein anerkannte Ansicht [4]) ist die, daß die Descendenten an den Verzicht ihres Ascendenten überhaupt nicht gebunden sind, wenn dieser den Tod des Erblassers nicht erlebt. Natürlich müssen sie sich aber, wenn sie Erben ihres Ascendenten geworden, das, was dieser etwa als Äquivalent für seine Verzichtleistung erhalten hat, in Anrechnung bringen lassen.

Diese Ansicht erscheint auch uns als die allein richtige, da ihnen doch nicht als Repräsentanten ihres Ascendenten, sondern aus eigenem Rechte, „proprio nicht hereditario iure", ein Erbrecht zusteht.

---

[1]) Hiergegen sprechen sich aus: Pfaff und Hoffmann, Kommentar zum Österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 56: „Dieser nicht zu billigende Satz war als Konsequenz der alten falschen Repräsentationstheorie gedacht." Ebenso: Pfaff und Hoffmann, Exkurse, S. 54; Unger, System des österr. allgem. Privatrechts, § 30 Nr. 11.

[2]) Bürgerliches Gesetzbuch § 2214: „Verzichtet ein Abkömmling oder ein Seitenverwandter auf das gesetzliche Erbrecht, so erstreckt sich die Wirkung dieses Verzichtes auf seine Abkömmlinge, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist."

[3]) Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch § 2561: „Der Verzicht eines Familiengliedes auf das gesetzliche Erbrecht verpflichtet die Erben desselben nicht, ausgenommen wenn der Verzicht für sie erklärt worden ist."

[4]) Beseler a. a. O. S. 251 ff; Albrecht a. a. O. S. 350 ff; Stobbe a. a. O. S. 313 f.

§ 35.

3) Erbvermächtnisvertrag.

Der Erbvermächtnisvertrag ist von jeher von allen Arten der Erbverträge der umstrittenste gewesen.

Diejenigen, die ihn zwar prinzipiell zulassen wollen, haben über seine rechtliche Konstruktion, besonders über seinen Gegenstand, die verschiedensten von einander abweichenden Ansichten aufgestellt, während andere, unter ihnen sehr hervorragende Juristen, wie Beseler und Gerber, ihm überhaupt jede gemeinrechtliche Geltung absprechen.

Die ältesten Juristen, die sich mit ihm befaßt haben, haben in ihm nichts weiter, wie einen Erbeinsetzungsvertrag sehen wollen, und zwar einen Erbeinsetzungsvertrag, durch welchen eine Singular- oder Partikularsuccession begründet wird.

Diese Ansicht ist unter allen Umständen als unrichtig zurückzuweisen. Denn eine Singularsuccession in solchem Sinne giebt es überhaupt nicht; sie würde sich auch mit allen anerkannten Prinzipien der Erbfolge in Widerspruch setzen. Das Wesentliche der Erbfolge ist nicht, daß der Erbe eine Vermögensmasse, den Nachlaß, erhält, sondern daß er die Person des Erblassers fortsetzt, daß er durch den Erbschaftsantritt voll und ganz, soweit dies überhaupt denkbar ist, mit seinem Erblasser identifiziert wird und dessen rechtliche Persönlichkeit darstellt. Dies ist aber undenkbar bezüglich einer einzelnen Sache, denn die rechtliche Persönlichkeit ist ein Ganzes, das wohl als Ganzes fortgesetzt werden kann, nicht aber in einzelnen Teilen. [1])

---

[1]) Derselben Ansicht: Hasse a. a. O. III S. 20 f.; Bluntschli a. a. O. § 242; Albrecht a. a. O. S. 325; Walter a. a. O. § 433 sub 5; Hartmann a. a. O. S. 78; Kahlert a. a. O. S. 11; Gruchot a. a. O. II S. 340 ff.; Kugelmann, Gemeinrechtliche Begründung des partieulären Erbvertrages.

Eichhorn [1]) sieht in dem Vermächtnisvertrage nur einen in das gemeine Recht übernommenen Überrest der Vergabungen von Todes wegen. Er sagt:

„Der Erblasser überträgt ein sofort wirksames „Recht an der Sache selbst, kraft dessen der Ver„tragserbe das Eigentum mit dem Tode des Erb„lassers erwirbt und sie daher von jedem dritten „vindizieren kann."

Das ist aber auch nicht zutreffend. Denn wenn das Recht aus dem Vermächtnisvertrage wirklich ein sofort wirksames wäre, müßte es notwendigerweise auch veräußert oder vererbt werden können. Eichhorn drückt sich allerdings vorsichtig aus und sagt selbst, daß auch der Erbvermächtnisvertrag aus der Natur der Erbfolge, als einer succesio universalis, beurteilt werden müsse; aber wenn man nun nach der juristischen Konstruktion dieses sofort wirksamen und beim Tode des Erblassers sofort Eigentum erzeugenden Rechtes forscht, wird man schwerlich einen anderen Ausweg finden, als daß man es als eine Singularsuccession in eine bestimmte Sache bezeichnet. Eine solche Singularsuccession existiert aber, wie gesagt, nicht. Eichhorn konstruiert nach obigem außerdem noch die Abnormität eines sofort wirksamen, also auch übertragbaren Successionsrechtes.

Buddeus [2]) läßt aus dem Erbvermächtnisvertrage ein persönliches Forderungsrecht des Vertragsvermächtnisnehmers mit auf die Erben gestellter Erfüllung entspringen:

„Durch den Vermächtnisvertrag wird nur eine „Obligation übernommen, deren Erfüllung auf die „Erben gestellt ist."

Dieser Ansicht ist dasselbe entgegenzustellen, was oben gegen die Eichhorn'sche Ansicht eingewendet worden ist, daß nämlich nicht einzusehen ist, warum dann diese aus dem Ver-

[1]) Eichhorn a. a. O. § 344 I.
[2]) Buddeus in Weiske's Rechtslexikon, IV S. 33.

mächtnisvertrage entspringende Obligation mit hinausgeschobener Erfüllung nicht sollte veräußert oder vererbt werden können. Daß dies aber thatsächlich unzulässig ist, ist nicht zu bezweifeln.

Das Verdienst, zuerst in überzeugender Weise das Wesen des Erbvermächtnisvertrages klargelegt zu haben, gebührt Hasse.

Nach ihm steht der Vermächtnisnehmer aus einem Vermächtnisvertrage dem Legatar aus einem Testamente ebenso gleich, wie der Vertragserbe dem Testamentserben. Zwischen beiden besteht nur der Unterschied, daß dem ersteren das Vermächtnisrecht bereits bei Lebzeiten des Erblassers als ein bestimmtes nnd unwiderrufliches gegeben ist, während der Legatar bis zum Tode des Erblassers höchstens eine Hoffnung, aber kein Recht hat. [1])

Beseler [2]) und Gerber [3]) haben Hasse hierin freilich nicht folgen wollen.

Sie leugnen das juristische Bedürfnis für eine solche, dem Erbeinsetzungsvertrage analoge Schöpfung, die dem Bedachten die vertragsmäßige Zuwendung eines Vermächtnisses sichert, und sehen das ganze Institut als eine „wesenlose Erfindung der Theorie" an, deren praktisches Resultat sich in nichts von der donatio mortis causa oder von einer Schenkung unter Lebenden mit hinausgeschobener Erfüllung unterscheide.

Hiergegen aber ist zu bemerken, daß das ganze Geschäft als solches doch von Hasse nicht neu erfunden ist, sondern ihm nur eine neue Begründung und Ausbildung verdankt. Von der donatio mortis causa, wie von der Schenkung überhaupt, ist es sehr verschieden, da durch diese dem Beschenkten Zuwendungen aus einem gegenwärtigen Vermögen gewährt werden, während der Erbvermächtnisvertrag ein Ver-

[1]) Hasse a. a. O.
[2]) Beseler a. a. O. II S. 22—24 u. 213 ff., III S. 109 ff.
[3]) v. Gerber a. a. O. § 257 Anm. 5.

mächtnisrecht giebt, also nur einen Vorteil aus einer zukünftigen Erbschaft in Aussicht stellt.

Von der donatio mortis causa speziell unterscheidet sich der Vermächtnisvertrag noch durch seine Unwiderruflichkeit [1]) und dadurch, daß bei ersterer die sofortige Hingabe, sei es zur Detention oder zu Eigentum, wesentliches Erfordernis ist. [2])

Außer Beseler und Gerber haben denn auch bedeutende neuere Juristen die rechtliche Konstruktion und die gemeinrechtliche Gültigkeit des Erbvermächtnisvertrages nicht mehr in Frage gestellt, und auch fast alle Partikulargesetzgebungen haben das Institut anerkannt. [3]) Ebenso hat die Praxis die Gültigkeit des Erbvermächtnisvertrages häufig bestätigt. [4])

Außer diesen drei Arten hat man früher auch Verträge über die künftige Erbschaft eines noch lebenden dritten [pacta de hereditate tertii] oder, wie Hasse sie nennt, Erbschaftsverträge, zu den Erbverträgen rechnen wollen. Heute ist man sich allgemein darüber einig [5]), daß dem pactum de hereditate tertii ein Platz im System der Erbverträge nicht gebührt, da er gar nicht das Erbrecht als solches, sondern lediglich den Nachlaß zum Gegenstande hat.

---

[1]) Windscheid, Pandekten, §§ 632,675.

[2]) Vgl. Dernburg, Pandekten, § 117.

[3]) Cod. Max. Bav. Civ. III, 11 § 1: „VIto. Mögen dergleichen „Pakten nicht nur um die ganze Erbschaft, sondern auch „über einen Teil derselben, und nur destomehr über ein „gewisses Stück gemacht werden . . . .
Ebenso: Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch § 2542 und Preußisches Allgemeines Landrecht I, 12 § 620, u. a.

[4]) Vgl. Seufferts Archiv Bd. 12 Nr. 279, Bd. 29 Nr. 249, Bd. 31 Nr. 154 u. a.

[5]) Hasse a. a. O. II S. 223.
Beseler „ III S. 328 ff.

Schluß.

§ 36.

Vergleich von korrespektivem Testament und Erbvertrag.

Das korrespektive Testament und der Erbvertrag sind in vielen Beziehungen, wie sich ohne weiteres ergiebt, verwandte und gleichgeartete Institute.

Bereits ihre geschichtliche Entstehung bietet vieles Ähnliche. Beide sind im wahren Sinne Schöpfungen des gemeinen Rechtes, Produkte der Zeit, da das römische Recht den Kampf mit den alten, dem Geiste neuer fortgeschrittener Zeiten nicht mehr genügenden deutschrechtlichen Anschauungen aufgenommen hatte und siegreich durchzufechten im Begriffe stand.

Beide Institute stellen eine Verbindung römischer und deutscher Rechtsanschauungen dar. Freilich ist der Grad, in welchem bei jedem der beiden diese verschiedenen Rechte zur Geltung gekommen sind, verschieden.

Das korrespektive Testament ist ein rein römisches Institut, das sich in nichts von jedem anderen römischen Testamente unterscheidet, als in dem einzigen Punkte der Unwiderruflichkeit nach dem Tode des einen Testators und dem Erbschaftsantritte des anderen. Die Möglichkeit, ein Testament, wenn auch in dieser beschränkten Weise, zu einem unwiderruflichen zu machen, ist aber erst durch die Aufnahme deutschrechtlicher Anschauungen geschaffen worden.

Der Erbvertrag ist dagegen ein Produkt reinen Gewohnheitsrechts. In ihm ist den deutschen Rechtsanschauungen eine

viel weitere Geltung eingeräumt worden, als im korrespektiven Testament. Er lehnt sich auch in erster Reihe nicht an römische, sondern an rein deutsche Institute an, und das Prinzip der absoluten Unwiderruflichkeit, das in ihm zum Ausdruck gekommen, ist allein aus dem deutschen Rechte entlehnt. Die Wirksamkeit beider Institute liegt ferner auf demselben Rechtsgebiete, nämlich auf dem des Erbrechts. Beide sind Fälle gewillkürter Erbfolge, beide begründen im wesentlichen ein Erbrecht und bilden einen Delationsgrund. Der Erbvertrag geht hier allerdings noch weiter. Er begründet nicht nur ein Erbrecht, er nimmt auch ein solches — der Erbverzicht —, oder er begnügt sich mit der Schaffung eines Vermächtnisanspruches — der Erbvermächtnisvertrag.

Der große und einschneidende Unterschied, der zwischen beiden Instituten allerdings besteht, ist durch die verschiedenartige rechtliche Natur beider begründet.

Das korrespektive Testament ist ein richtiges Testament, eine letztwillige Verfügung von Todes wegen, die in jeder Hinsicht den Erfordernissen der Testamentslehre unterworfen ist, deren Grundsätze bei ihm allein Anwendung finden.

Der Erbvertrag dagegen ist ein Vertrag, ein zweiseitiges, auf Willensübereinstimmung beruhendes Rechtsgeschäft unter Lebenden, und darum gelten hier in erster Linie die Grundsätze der Vertragslehre, die der Testamentslehre nur insoweit, als das Ziel des Vertrages ihre Anwendung notwendig erfordert.

Aus diesen prinzipiellen Unterschieden ergeben sich nun mancherlei Verschiedenheiten in den Einzelheiten beider Institute.

So sind beim korrespektiven Testamente die Erfordernisse, die in den Personen der Kontestatoren vorhanden sein müssen, auf die testamenti factio beschränkt, während die Kontrahenten des Erbvertrages daneben noch die rechtliche Fähigkeit Verträge einzugehen, besitzen müssen.

Die Wirkung unmöglicher und unsittlicher Bedingungen ist beim korrespektiven Testamente nach den allgemeinen Regeln der Testamentslehre, beim Erbvertrage nach den allgemeinen Regeln der Vertragslehre zu beurteilen.

Die Regeln über Antretung, Transmission, sowie über die Stellung des Erben zu Legataren und zu Noterben sind beim korrespektiven Testamente völlig dieselben, wie beim Erbvertrage, denn die Gleichheit ist hier durch das gleiche Ziel notwendig bedingt.

Auch sind die Wirkungen der Errichtung eines korrespektiven Testamentes und des Abschlusses eines Erbvertrages auf das Vermögen des Testators beziehungsweise des Kontrahenten bei ihren Lebzeiten im wesentlichen dieselben. Durch beide wird die freie Verfügung über das Vermögen nicht behindert. Das eventuelle Anfechtungsrecht, das der Erbvertrag dem Vertragserben gewährt, ist dagegen wieder ein Ausfluß der Vertragsnatur dieses Geschäftes.

Mit der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich vom 18. August 1896 ist dem Streite, der bisher, wie über so viele andere gemeinrechtliche Institute bei dem Mangel positiver gesetzlicher Bestimmungen, auch über das korrespektive Testament und den Erbvertrag sowohl was ihre rechtliche Natur, ihre Zulässigkeit im allgemeinen, wie ihre Wirkungen, Formen und andere Einzelheiten betrifft, geherrscht hat, für die Zukunft ein Ende gemacht.

Beide Institute sind, trotz mancher anfänglich gegen sie geltend gemachter Einwendungen, [1]) in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen [2]) und damit auch in Zukunft der Praxis erhalten geblieben. Die Zweifel und Streitigkeiten aber, die bisher über sie bestanden, gehören nunmehr der Geschichte an.

---

[1]) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Bd. V § 1913.

[2]) Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages, S. 21. Gutachten des Geh. Justizraths Carl Lauë, Berlin.

Das große, nicht genug zu würdigende Verdienst des Bürgerlichen Gesetzbuches ist es, auch hier wie in so vielen anderen Fällen, Zweifel und Streit durch klare, positive Bestimmungen ersetzt zu haben.

Buchdr. General-Anzeiger (J. Schmidt) Hirschberg i. Schl.